

**CONTRAPOSIÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM MAIS  
DE 70 ANOS E O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA**

Monografia apresentada à Universidade  
Federal de Santa Catarina para obtenção do título de  
Bacharel em Direito

Guilherme Freire Lima Reis

Orientador: Prof. Dr. Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier

**Florianópolis**

**2018**

Aos meus pais, Liana e Sergio, pelo carinho e amor incondicional. À minha vó, Dalba, pelas palavras de conforto nos diversos momentos em que precisei.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, contraposição da capacidade civil das pessoas com mais de 70 anos e o regime de separação obrigatória, elaborado pelo acadêmico Guilherme Freire Lima Reis, defendido em **06/07/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (nove), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 06 de Julho de 2018



\_\_\_\_\_  
**Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier**  
Professor Orientador



\_\_\_\_\_  
**Bráulio Cavalcanti Ferreira**  
Membro de Banca



\_\_\_\_\_  
**Caroline Fernandes da Trindade**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

**Aluno: Guilherme Freire Lima Reis**  
**RG: 5172358**  
**CPF: 07415381998**  
**Matrícula: 13202741**  
**Título do TCC: Contraposição da capacidade civil das pessoas com mais de 70 anos e o regime de separação obrigatória**  
**Orientador(a): Mikhail Vieira de Lorenzi Cancelier**

Eu, Guilherme Freire Lima Reis, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 06 de julho de 2018.

  
\_\_\_\_\_  
**Guilherme Freire Lima Reis**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Liana e Sergio, por todos os esforços e oportunidades que me deram e possibilitaram que eu chegasse até aqui, independentemente das minhas escolhas.

À minha família, especialmente minha tia, Lorena, e vó, Dalba, que, embora distantes fisicamente, sempre se fizeram presentes nos momentos mais importantes da minha vida.

Ao Joani, que me fez enxergar a vida sob uma nova perspectiva e à Caroline, que me deu o apoio que eu precisei nesse momento.

A todos os meus amigos que estiveram comigo em diversos momentos e contribuíram para o meu aprendizado.

À Universidade Federal de Santa Catarina, que me proporcionou um ensino de qualidade.

Finalmente, aos meus professores ao longo desses anos e, especialmente, ao meu orientador Mikhail Cancelier.

## RESUMO

O presente estudo se destina a analisar o regime de separação obrigatória de bens imposto aos nubentes maiores de setenta anos no Código Civil. Lei 10.406/2002. No primeiro capítulo realiza-se a abordagem da valoração da pessoa humana no Direito Civil, a evolução histórica. Os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família e a capacidade civil do idoso. No segundo capítulo passa-se à análise do casamento, sua natureza jurídica, as modalidades de regimes previstos no Código Civil e os princípios aplicáveis. Finalmente no terceiro capítulo será realizada a análise sob os pontos de vista legislativo, doutrinário e jurisprudencial do regime de separação obrigatória de bens imposto aos nubentes com idade superior a setenta anos.

**Palavras-chave:** Regime de bens. Separação obrigatória. Idoso. Capacidade civil. Dignidade da pessoa humana.

## **ABSTRACT**

The present study aims to analyze the regime of mandatory separation of assets imposed on spouses over seventy years old in the Civil Code. Law 10,406 / 2002. In the first chapter the approach of the valuation of the human being in the Civil Law, the historical evolution is realized. The constitutional principles applicable to Family Law and the civil capacity of the elderly. In the second chapter, the analysis of marriage, its legal nature, the modalities of the regimes provided for in the Civil Code and the applicable principles are analyzed. Finally in the third chapter will be carried out the analysis from the legislative, doctrinal and jurisprudential points of view of the regime of compulsory separation of assets imposed on the spouses over the age of seventy.

Keywords: Regime of goods. Compulsory separation. Old man. Civil capacity. Dignity of human person.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 A VALORAÇÃO DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CIVIL .....	11
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA.....	11
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	14
1.3 CAPACIDADE CIVIL DO IDOSO .....	21
2 CASAMENTO E REGIME DE BENS .....	27
2.1 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO .....	27
2.2 MODALIDADES DE REGIMES DE BENS.....	29
2.3 PRINCÍPIOS.....	32
3 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	36
3.1 ANÁLISE LEGISLATIVA .....	38
3.2 ANÁLISE DOUTRINÁRIA.....	45
3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL .....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	60
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO .....	63



## INTRODUÇÃO

Serve-se o presente estudo para analisar o regime de separação obrigatória de bens imposto aos nubentes com idade superior a 70 (setenta) anos, previsto no artigo 1.641, inciso II, da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Esta monografia se realizará pelo método indutivo, eis que para análise do regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos, utilizar-se-ão diversas doutrinas e serão colacionados julgados de diferentes tribunais para que se possa demonstrar a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Destaca-se que será realizada análise da imposição de regime de separação obrigatória de bens aos nubentes com mais de setenta anos sob os pontos de vista doutrinário, legislativo e jurisprudencial.

Embora o Código Civil date de 10 de janeiro de 2002, no que diz respeito a obrigatoriedade do regime de separação de bens, manteve-se alinhado com o Código Civil de 1916 que matinha um caráter essencialmente patrimonialista, sendo natural a preocupação com o patrimônio sobrepor à proteção do ser humano;

Ocorre que em 1988 foi promulgada a Constituição Federal, que adotou como principal princípio a proteção da dignidade humana, pautada na liberdade e igualdade, de modo que foi alterado o eixo do ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 é a base e o norte do ordenamento jurídico brasileiro, desde a criação até a aplicação das normas a cada caso em concreto, não devendo uma lei, editada após a promulgação da Constituição, contrariar os princípios fundamentais.

O Código Civil de 2002, à revelia dos princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988, manteve em sua redação a previsão do Código Civil de 1916 quanto ao regime de separação obrigatória de bens em razão da idade.

Conforme será analisado no presente estudo, tal dispositivo não se justifica em uma sociedade que adotou a dignidade humana como principal valor, e que preza pela igualdade e autonomia da vontade de seus cidadãos, independentemente de qualquer preconceito ou discriminação.

Para demonstrar a inconstitucionalidade do regime obrigatório de bens imposto aos idosos pelos artigos 1.641, II, Código Civil, a presente monografia será dividida em três capítulos, cada um deles contanto com três subtítulos.

O primeiro capítulo se destinará ao estudo da valoração da pessoa humana no Direito Civil, fazendo uma breve análise da evolução história, os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família e a capacidade civil do idoso, analisando-se o instituto da capacidade civil e após as incapacidades absoluta e relativa, bem como suas consequências.

Já no segundo capítulo se passará ao estudo da natureza jurídica do casamento, se contratual ou instituto de direito, as modalidades de regimes de bens previstas no Código Civil e os princípios que regem o instituto do regime de bens no ordenamento jurídico pátrio.

No terceiro e derradeiro capítulo é que se adentrará ao estudo do tema central deste trabalho, qual seja, o regime de separação obrigatória de bens imposto aos nubentes com mais de setenta anos.

Perseguir-se-á o objetivo de analisar a evolução legislativa do regime obrigatório de bens e quais as justificativas para sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as alterações e movimentações ocorridas no legislativo no intuito de suprimir tal norma do Código Civil.

Do mesmo modo, será realizada uma análise doutrinária, colhendo-se críticas e impressões dos principais expoentes do Direito Civil brasileiro quanto ao regime de separação obrigatória de bens imposto aos nubentes com mais de setenta anos.

Por fim, a monografia será concluída com uma análise jurisprudencial a respeito da aplicação do regime de separação obrigatória de bens desde a edição da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que previa a comunicação dos bens havidos durante o casamento e, também, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, estando no Tribunal de Justiça de Santa Catarina e no Superior Tribunal de Justiça.

## **1 A VALORAÇÃO DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CIVIL**

Antes de analisar o tema central deste trabalho, o regime obrigatório de bens para os nubentes maiores de setenta anos, é necessário entender-se a evolução da família no ordenamento jurídico brasileiro à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, bem como a capacidade do idoso para os atos da vida civil. brasileiro.

### **1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA**

Não se pode definir com segurança onde, quando e como surgiu a família, todavia, pode-se afirmar que o ser humano primitivo em determinado momento se organizou em pequenos grupos para melhor conviver, vislumbrando-se os primeiros sinais da vida familiar, sendo que a organização familiar brasileira teve como maior influência a estrutura greco-romana, a qual o principal elemento constitutivo foi a religião.

Na família antiga a sua formação era através do casamento para cultuar seus deuses e gerar um filho homem que perpetuasse o culto, daí a origem da palavra pai, que significava o poder e a autoridade que a religião revestia ao genitor/sacerdote, poder supremo e absoluto passado de pai para filho. (Fustel de Coulanges, 2002, p. 45)

Com a difusão do cristianismo em Roma, a religião ganha publicidade deixando de ser restrita aos lares, de modo a enfraquecer o poder individual do chefe de família que passa a sofrer certa intervenção da Igreja Católica na organização familiar. Era a Igreja Católica quem regia as relações familiares na Idade Média, de maneira que o casamento religioso era o único reconhecido. (GONÇALVES, 2012)

Ao final da Idade Média começam a surgir os conflitos entre a Igreja Católica e o Estado quanto aos aspectos patrimoniais no Direito de Família, nos quais os protestantes defendiam que não havia caráter sagrado no casamento, mas unicamente patrimonial. (WALD, 2005)

Assim, diante dos conflitos entre a Igreja e o Estado, o Concílio de Trento (1545-1563) reconheceu a competência da Igreja Católica para celebrações e declarações de nulidade dos casamentos. (Rizzardo, 2007)

No Brasil, somente com a Proclamação da República e a Constituição de 1891 é que foi retirado da igreja o controle jurídico sobre o casamento, conforme bem explica Waldemar Ferreira (1935, p.37):

Constituição de 1891 só reconheceu o casamento civil. Não se preocupou com o religioso. Deixou ao arbítrio de cada casal realizá-lo se e quando lhe aprouvesse. A nenhum dificultou ou impediu o exercício dessa faculdade. (...) Só ao casamento civil atribuiu efeitos jurídicos, definindo direitos e impondo deveres aos cônjuges. Derivou dele as relações de parentesco. Fez decorrer dele o regime comum de bens em falta de convenção antenupcial. Assegurou os direitos dos filhos. Estabeleceu, enfim, um sistema de norma garantidoras da família e da sua dignidade.

Na esfera do Direito Privado, o ordenamento jurídico brasileiro, vigente a partir do início do século XX, ainda influenciado pelas ideias oitocentistas, marcou-se pela valorização do patrimônio em detrimento da pessoa. O Código Civil de 1916, em normas relacionadas ao direito de família, trazia aspectos patriarcais marcantes e versava majoritariamente acerca do casamento e seus reflexos patrimoniais. (RODRIGUES, 2002)

A família que serviu de molde à legislação civilista de 1916 desempenhava diversas funções que condicionavam sua estrutura. Em primeiro lugar, tinha função econômica, ou seja, a própria família produzia a maioria dos bens necessários à sua sobrevivência. Também a ela incumbia a tarefa de repassar valores, transmitir cultura e educar seus membros, haja vista que as primeiras e não raro as últimas letras eram aprendidas no seio familiar. Desempenhava ainda a família a importante função assistencial, ou seja, os pais tinham a certeza do amparo dos filhos na velhice, quando não fossem mais aptos para o trabalho. (PALAZZO RODRIGUES, 2004, p. 190)

Logo, o que se via era a uma garantia de solidariedade, cooperação e manutenção patrimonial em decorrência dos laços sanguíneos exclusivamente.

Entretanto, as alterações, decorrentes das evoluções sócio-políticas ocorridas no mundo, com reflexos sobre o Brasil, influenciaram as normas civis, especialmente as referentes ao direito de família, em razão da dissolubilidade do matrimônio, das mudanças nas relações de gênero, da emancipação da mulher e as novas formas de família, tudo importando na valorização da pessoa. (GONÇALVES, 2012)

Estas alterações influenciaram determinantemente o texto da Constituição Federal de 1988 — a “Constituição cidadã” — que estabeleceu uma nova ordem político-social-jurídica:

o Estado Democrático de Direito, que tem em seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2015)

Destaca-se da Constituição Federal de 1988 a intervenção estatal na proteção aos menores, às mulheres, aos idosos, contrapondo o poder do pai e da religião sobre a família, dando aos mais frágeis maior vigilância, garantindo que o Direito de Família seja exercido sob o crivo da confiança, do afeto e da educação.

Diferentemente do exclusivo interesse patrimonial que se via no Código Civil de 1916, a Constituição Federal de 1988 prestigia os laços afetivos como um dos principais valores da família atual, consoante Cunha Pereira (2012, p.10):

na esteira dessa evolução e compreensão é que o Direito de Família atribui ao afeto um valor jurídico. E é este sentimento, agora como um novo valor jurídico, que tem desinstalado velhas concepções e instalado uma nova ordem jurídica para a família.

O que norteia a formação de famílias atualmente são os laços afetivos, alterando conceitos antigos nos quais os casamentos eram justificados pela necessidade de procriação ou por interesses patrimoniais.

o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal”. (A ideologia do afeto, Revista Brasileira de Direito de Família, v. 14, p. 8. SÉRGIO RESENDE DE BARROS)

A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos seus principais valores em atenção aos princípios da liberdade e da igualdade, proíbe qualquer tipo de discriminação, sendo considerada por muitos, inclusive, como uma das constituições mais avançadas do mundo. (DIAS, 2011, p. 1)

Com a consolidação dos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, tais como a igualdade entre homens e mulheres, igualdade entre os filhos, paridade de proteção às famílias constituídas pela união estável e pelo casamento, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece como princípios do direito de família a liberdade e a igualdade, ratificando a dignidade da pessoa humana.

Embora o Código Civil de 2002 demonstre em muitos trechos a intenção do Estado de amoldar-se às alterações, e principalmente à evolução das relações familiares, falha ao não

observar direitos fundamentais positivados na Carta Magna, especialmente ao tratar sobre o casamento, de modo que se faz necessário apreciar os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, antes de adentrar ao tema principal deste estudo.

## 1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O ordenamento jurídico brasileiro é regido por normas, subdividas em regras e princípios, devendo-se inicialmente distingui-los conforme Robert Alexy (*apud* GAGLIANO, 2014, p. 73):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Os princípios previstos na Constituição Federal são fonte de direito e nenhuma lei ordinária pode insurgir-se contra eles, pois traduzem os valores fundamentais, vértice de todo sistema jurídico brasileiro.

violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (...) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230

Desse modo, qualquer lei ordinária que viole um princípio constitucional se reveste de ilegalidade e inconstitucionalidade de modo que o Direito de Família, assim como os demais ramos do Direito deve observar tais princípios.

O princípio da **dignidade da pessoa humana** previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 pode ser considerado o *princípio matriz* de todos os direitos fundamentais. (LENZA, p. 2008)

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua assim a dignidade da pessoa humana:

É a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59-60)

A Constituição Federal ao consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental norteia não apenas as relações entre os indivíduos e o Estado como também as normas relativas à convivência humana.

Alexandre de Moraes (2015, p. 18) brilhantemente leciona que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Pelo princípio da dignidade, a pessoa humana deve ser respeitada perante as demais pessoas e perante si mesma, no exercício de seus direitos, assegurada sua liberdade e respeitando a liberdade dos demais, de modo que a restrição de direitos e liberdade seja medida excepcional.

Carlos Roberto Gonçalves (2012) assevera que o Direito de Família é o ramo mais humano do Direito e, portanto, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana é a base da comunidade familiar.

Partindo desse princípio, altera-se a perspectiva do Direito Civil Brasileiro de modo que a pessoa humana deve preponderar sobre o patrimônio, pois a dignidade é o bem maior do ordenamento jurídico pátrio, assegurado pela Carta Magna.

O princípio da dignidade é a base fundadora dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como direito à vida, à liberdade e os direitos das minorias, como os direitos dos idosos. (MENDES, 2014)s

A tutela à dignidade da pessoa humana até o seu último dia reconhece o direito à velhice como consequência lógica na lição de Tavares (2013, p. 599):

os direitos referidos aos idosos não são apenas aqueles indicados expressamente pela norma constitucional do art. 230. São todos aqueles que sejam imprescindíveis para garantir dignidade à vida daqueles que se encontrem na condição de “idosos”. Nessa perspectiva, o direito à velhice coloca-se como direito que há de tutelar-se desde o início da vida do indivíduo, pois, como bem alertou Paulo Roberto Barbosa Ramos, “a sociedade precisa oferecer esses benefícios desde o início da existência das pessoas, porque se assim não agir estará atentando contra o direito à vida destas, uma vez que se tivessem uma vida com dignidade, desde o princípio, teriam oportunidade de ter uma vida mais longa.”

À vista disso, cabe ao Estado, à sociedade e a à família o amparo aos idosos, garantindo-lhes a defesa da dignidade e bem-estar e, conseqüentemente, o direito à vida.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, estabelece outro princípio fundamental e geral, o da **igualdade ou isonomia**, em que todos são iguais perante a lei, sendo invioláveis os direitos à vida e à liberdade, dentre outros.

O princípio da igualdade se destina a conceder tratamento igual a todos os indivíduos ainda que para isso seja necessário tratar os iguais de forma igual e desigual os desiguais, observando-se os ensinamentos do ilustríssimo Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. (BARBOSA, 1997, p. 26)

Essa presunção de tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades se justifica, eis que não se pode tratar da mesma forma aqueles que se encontram em condições e posições diferenciadas, a fim de evitar-se desigualdade patente.

Para melhor compreensão, toma-se como exemplo um indivíduo que se encontra em posição econômica privilegiada e que percebe mensalmente uma renda muito alta em face um indivíduo hipossuficiente economicamente que percebe mensalmente apenas um salário mínimo para seu sustento e de sua família, sendo lícito exigir-se carga diferenciada para ambos na proporção de seus vencimentos.<sup>1</sup>

---

1 <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica>



Esse é o sentido do princípio da igualdade ou isonomia: tratar de forma igual aqueles que podem se equivaler entre si e de forma desigual aqueles em que não há equivalência, obtendo assim uma igualdade de fato.

O princípio da igualdade tem como objetivos limitar a atuação do legislador, para que não sejam editadas leis que promovam a desigualdade dos indivíduos ilicitamente; limitar a atuação da autoridade pública de modo que sejam proibidas ações discriminatórias e sentenças com sinais de desigualdade pelo judiciário e, finalmente, limitar a atuação do particular que fica proibido de praticar atos discriminatórios, maculados de preconceito de qualquer natureza. (BULOS, 2014).

Em vista disso, a Constituição Federal permite que as leis estabeleçam tratamentos diferenciados aos indivíduos distintos em razão da idade, grupo social e sexo, vedando apenas a diferenciação obtida através de parâmetros arbitrários, sem razoabilidade ou que deixe de atender relevante razão de interesse público. (Paulo e Alexandrino, 2012)

Celso Antonio Bandeira de Mello (1993, p. 41) elenca os elementos que devem ser observados na discriminação legal em concordância com o princípio da isonomia:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nela residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja, pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Sendo assim, deve haver similitude entre a disciplina e o fator discriminante, de modo que o tratamento desigual atenda às necessidades da desigualdade.

O princípio da igualdade ou da isonomia pode ser classificado como igualdade formal e igualdade material.

Igualdade formal deve ser entendida como aquela perante a lei vigente ou ainda daquela lei a ser elaborada, eis que consiste numa limitação ao legislador “no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional.” (BASTOS, 2001, p. 7)

O cerne do princípio da igualdade formal está explícito na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, que dispõe “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e ainda no artigo 3º, IV que estabelece como um dos objetivos principais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A igualdade material, por outro lado, se caracteriza pelo “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”. (BASTOS, 2001, p. 5)

A igualdade material é um princípio programático, uma meta ou um objetivo a ser alcançado pelo Estado em atuação conjunta com a sociedade. Necessita da edição de leis para minimizar as diferenças que não sejam naturais entre os indivíduos, mas também de atos concretos por parte do Poder Público e da mudança de posicionamento de toda sociedade para que possamos chegar a plenitude do princípio. A importância da igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e considerem igualmente legítimos. (D'Oliveira, 2010, p. 3)

Logo, a igualdade material é a concretização na prática da igualdade formal prevista na letra da lei, de maneira que está fundamentada na dignidade da pessoa humana, posto que todos são iguais na medida de sua dignidade ainda que de tal igualdade resultem limitações da norma jurídica.

A igualdade pretendida não pode ser considerada de forma genérica, Cunha Pereira (2012, p.141) assevera que:

Necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro. A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade. Em outras palavras, a formação e construção da identidade se fazer a partir da existência de um outro, de um diferente. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade.

Destarte, o princípio da igualdade se faz tão essencial no ordenamento jurídico brasileiro, justamente, pelo fato de que cada indivíduo é único e diferente, sendo dever do Estado, diante das peculiaridades de cada um, prestar a melhor tutela possível.

É nesse cenário que surgem as ações afirmativas que “compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípuo é, a grosso modo, compensar, por meio de políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas raças ou segmentos.” (TAVARES, 2013, p. 610)

A Constituição Federal possui ações afirmativas no sentido de dar aos menos favorecidos condições iguais àqueles que não sofrem qualquer restrição, como as mulheres, os deficientes físicos, os índios e os idosos. (TAVARES, 2013)

A preocupação do Estado em conceder maior proteção ao idoso muito se justifica pela observância ao princípio da igualdade, entretanto, embora haja o Estatuto do Idoso e outras normas a conferir direitos e garantias à pessoa idosa de maneira a posicioná-la em pé de igualdade com os mais jovens em diversos segmentos, há no Código Civil a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos nubentes maiores de setenta anos, ferindo de morte esse princípio, pois o legislador pressupõe que qualquer indivíduo com setenta anos ou mais se encontra em posição emocional e intelectual inferior aos indivíduos mais jovens, o que, por evidente, não condiz com a realidade.

Sobre o regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos, passar-se-á ao estudo no capítulo seguinte.

O artigo 5º da Constituição Federal, *caput*, e inciso II assegura aos brasileiros o **princípio da liberdade** pela inviolabilidade do direito à vida e a garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou não fazer algo que não seja em virtude da lei.

Silva (2005, p. 233) leciona que “a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”, sendo que tal princípio pode ser desmembrado em vários campos, quais sejam: liberdade econômica, liberdade de expressão e de pensamento, liberdade profissional, liberdade de ação individual, dentre outras.

Quanto a liberdade de ação, ou seja, a de agir e decidir conforme sua própria vontade, assegura Silva (2005, p. 236):

esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só poderá sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima.

Dessa maneira, o princípio da liberdade possui uma miríade de sentidos inerentes à figura da pessoa humana, podendo conceituar-se de forma muito simplista como o princípio que assegura ao indivíduo fazer tudo aquilo que não é defeso por lei e não venha a prejudicar terceiros.

No Direito de Família, evidenciam-se as liberdades quanto à escolha de constituir, alterar ou extinguir a entidade familiar, distanciando-se do modelo extremamente rígido imposto pela Igreja, pelo Estado e pela própria família que não abria espaço às escolhas de seus membros, destacando-se a liberdade da entidade familiar perante o Estado e de cada indivíduo perante à própria entidade familiar. (LÔBO, 2011)

Com a consagração do princípio da liberdade na Constituição Federal fica vedado ao Estado a intervenção na escolha da organização familiar consoante Dias (2011, p. 67):

em face do primado da liberdade, e assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (C.C. 1.639 §2º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares.

Da lição acima se extrai que o ser humano é livre para construir a família da forma que lhe faça mais feliz, baseada no afeto, estando livre para cessar o casamento ou a união estável quando assim o quiser sem que o Estado interfira nessas escolhas.

Nesse sentido Pereira (2004, p. 112) vem corroborar:

O Estado abandonou sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 27 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

O artigo 1.639 do Código Civil dispõe que “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”, podendo aduzir-se que tal norma advém do princípio da liberdade, eis que os nubentes são livres para dispor sobre os bens no casamento, de modo que o regime de separação obrigatória de bens suplanta o princípio da liberdade ao impedir que um indivíduo, perfeitamente capaz, faça escolhas em sua vida apenas porque atingiu determinada idade.

Por derradeiro, observando-se a valoração do afeto no Direito de família embasado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, não há que prosperar qualquer restrição legislativa à liberdade na estrutura familiar.

### 1.3 CAPACIDADE CIVIL DO IDOSO

Antes de adentrar ao objeto deste estudo, qual seja, a obrigatoriedade do regime de bens aos maiores de setenta anos, necessário se faz a abordagem das incapacidades civis e o idoso.

Não são poucas as pessoas a crer que a idade avançada, por si só, seja causa de incapacidade civil, ou ainda, que o idoso pela simples disposição de seus bens seja considerado pródigo.<sup>2</sup>

Entretanto, em que pese as enfermidades incapacitantes às quais os idosos são mais suscetíveis ou a prodigalidade comprovada, a incapacidade pode ser graduada (relativa ou absoluta) observando-se cada caso específico no devido processo de interdição.

A personalidade, qualidade inerente ao ser humano, o torna titular de direitos e deveres, possibilitando a participação nas relações jurídicas, é o conjunto em seus aspectos moral, físico e intelectual da pessoa e necessários à sua própria existência. (FARIA, 2006, p. 142)

Conforme leciona AMARAL (2003, p. 220-221) a capacidade é a projeção da personalidade:

Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um quantum. Capacidade, de capaz (que contém), liga-se à ideia de quantidade e, portanto, à possibilidade de medida e de graduação. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Compreende-se, assim, a existência de direitos da personalidade, não de direitos da capacidade. O ordenamento jurídico reconhece a personalidade e concede a capacidade, podendo considerar-se esta como um atributo daquela. A capacidade é então a “manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade”, ou a “medida jurídica da personalidade”. E, enquanto a personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor.

---

2 Enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil do CJF: [...] Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Por conseguinte, tem-se que a personalidade é adquirida por toda pessoa ao nascer e ao seu lado haverá a capacidade que para uns é plena enquanto que para outros é limitada.

A capacidade de direito ou gozo adquirida ao nascer está prevista no artigo 1º do Código Civil in verbis “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. (GONÇALVES, 2012, p. 107).

Todavia consoante VENOSA (2013, p. 139) “nem todos os homens, porém, são detentores da capacidade de fato. Essa assim chamada capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações”.

Nessa seara se extrai que a capacidade jurídica se subdivide em capacidade de direito, adquirida pelo ser humano ao nascer, e em capacidade de fato, traduzida na habilitação para exercer plenamente atos da vida civil.

Quanto a capacidade de fato, Maria Helena Diniz (2008, p. 168) atesta que esta pode sofrer restrições:

tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), de tuna insuficiência somática (deficiência mental). Aos que assim são tratados por lei, o direito denomina “incapazes”. Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

Após breve análise quanto aos conceitos de capacidade passa-se ao estudo sobre a teoria da incapacidade, levando-se em consideração que a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção.

De mais a mais, “toda incapacidade advém de lei, consequentemente não constituem incapacidade quaisquer limitações aos exercícios dos direitos provenientes de ato jurídico inter vivos ou causa mortis” (DINIZ, 2008, p. 168)

Diferentemente da capacidade que se subdivide em de fato e de direito, a incapacidade somente poderá ser de fato, conforme doutrina Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 120):

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos (CC, art. 1º). Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos. Somente por exceção expressamente consignada na lei que é o que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação.

Sendo assim, não existe no direito brasileiro incapacidade de direito, haja vista que todas pessoas adquirem capacidade civil ao nascer, entretanto, nem todas pessoas são capazes de exercer os atos da vida civil, sendo estas consideradas pela lei como incapazes.

Ressalte-se que toda incapacidade é advinda exclusivamente da lei e se caracteriza como uma restrição ao poder de agir, respeitando-se o princípio que estabelece que a incapacidade é a exceção e a capacidade a regra. (Caio Mario, 2009, p. 231)

O Código Civil dispõe sobre duas espécies de incapacidade, incapacidade absoluta prevista no artigo 3º, e incapacidade relativa prevista no artigo 4º.

A incapacidade será absoluta quando “houver proibição total do exercício do direito pelo incapaz, acarretando, em caso de violação do preceito, a nulidade do ato”. (DINIZ, 2008, p. 150 apud Antonio Chaves, 1977, p.9)

Assim, quando o sujeito for absolutamente incapaz deverá ser representado no exercício de qualquer ato da vida civil sob pena de nulidade conforme artigo 166, inciso I, do Código Civil.

Por assim dizer, os atos praticados pelos absolutamente incapazes serão considerados nulos, isto é, considera-se como se tais atos nunca tivessem sido realizados.

O artigo 3º do Código Civil dispõe que “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” (grifo nosso)

O legislador entendeu que os menores de dezesseis anos não possuem maturidade suficiente para praticarem atos da vida civil de maneira que, para tanto, deverão ser representados por seus pais ou representantes legais.

Sobre a escolha pelo legislador pela idade de dezesseis anos como limite entre a incapacidade absoluta e a relativa, Paulo Nader (2009, p. 152) ensina que “a evolução não se processa em estágios uniformes nas pessoas, todavia a lei precisava optar por critério objetivo e igual definição da incapacidade em razão da idade.”

Muito embora algumas pessoas atinjam a maturidade mais cedo e outras mais tarde, o legislador definiu como parâmetro a idade de dezesseis anos pela praticidade necessária à norma.

Pelo exposto, os menores de dezesseis anos, apesar de detentores de direitos, não podem realizar qualquer ato da vida civil, ficando o exercício de qualquer ato, submetido exclusivamente ao instituto da representação.

De outra banda o artigo 4º do Código Civil, ao tratar sobre a incapacidade relativa, dispõe que:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Os relativamente incapazes poderão realizar atos da vida civil

A incapacidade relativa, fica entre a capacidade plena e a incapacidade absoluta, de modo que os relativamente incapazes poderão exercer os atos da vida civil, desde que assistidos por aquele encarregado deste ofício em razão de lei ou determinação judicial.

Dentre os incapazes destacam-se, do outro lado, aqueles que não são totalmente privados da capacidade de fato, em razão de não vigorarem as mesmas razões predominantes na definição da capacidade absoluta. Entende o ordenamento jurídico que, em razão de circunstâncias pessoais ou em função de uma imperfeita coordenação das faculdades psíquicas, deve colocar certas pessoas em um termo médio entre a incapacidade e o livre exercício dos direitos, que se efetiva por não lhe reconhecer a plenitude das atividades civis, nem privá-lo totalmente de interferir nos atos jurídicos. A essa categoria de pessoas chama-se de relativamente incapazes, e, ocupando elas uma zona intermediária entre a capacidade plena e a incapacidade total, diz-se que são incapazes relativamente à prática de certos atos ou ao modo de exercê-los. (CAIO MARIO, p. 241)

Logo, os relativamente incapazes poderão praticar alguns atos sem estarem assistidos, pois são incapazes para praticar determinados atos e não a totalidade deles como na incapacidade absoluta.

Aos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito, descritos no inciso I, artigo 4º do Código Civil, é aplicado o critério etário, nos mesmos moldes da incapacidade absoluta, entretanto, ainda que o sujeito não tenha alcançado a maturidade legal plena, poderá praticar seus atos desde que assistido por seu representante legal.



Os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, dispostos no inciso II do referido artigo, terão a incapacidade relativa comprovada através de laudo pericial em ação judicial de interdição nos dizeres de Maria Helena Diniz (2008, p. 243) “trata-se de incapacidade que tem de ser aferida pela justiça com máxima cautela, a fim de evitar distorções, e resguardar a incolumidade das relações jurídicas”.

Os relativamente incapazes descritos no inciso III, artigo 4º do Código Civil são aqueles que seja por causa transitória ou permanente não possam exprimir sua vontade, ficando incluídos nesse grupo aqueles que “por motivo de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não estão em condições de reger sua pessoa ou administrar seus bens” (DINIZ, 2008, p. 152), bem como, pessoas que perderam a memória ou estão em coma por exemplo. (TARTUCE, 2014, p. 131)

Por fim, são considerados relativamente incapazes os pródigos dispostos no inciso IV, artigo 4º do Código Civil:

São aquelas pessoas que dissipam de forma desordenada e desregrada os seus bens ou seu patrimônio, realizando gastos desnecessários e excessivos, sendo seu exemplo típico a pessoa viciada em jogatinas. Os pródigos devem ser interditados, com nomeação de um curador, ficando privados dos atos que possam comprometer o seu patrimônio, tais como emprestar dinheiro, transigir, dar quitação, alienar bens, hipotecar ou agir em juízo (art. 1.792 do CC) (TARTUCE, 2014, p. 133)

O artigo 1.792 do Código Civil é taxativo ao dispor sobre os atos em que o pródigo deverá ser assistido, logo este é considerado capaz para os demais atos da vida civil, como o casamento, sem que lhe seja imposto o regime obrigatório de bens previsto no artigo 1.641 do mesmo diploma legal.

À vista disso, para que seja demonstrada a incapacidade relativa, em quaisquer das hipóteses elencada no artigo 4º, à exceção do critério etário, faz-se necessária a comprovação de tal através de ação judicial, sendo que “toda a sistemática da interdição reclama interpretação restritiva, não sendo possível maximizar as hipóteses de incapacidade para atingir pessoas capacitadas”. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 297)

Mister reforçar o princípio de que a capacidade absoluta é regra enquanto que as incapacidades são exceções e estão elencadas taxativamente em lei.

Ademais, os atos praticados pelos relativamente incapazes poderão ser anulados conforme artigo 171, inciso I, do Código Civil.

Nesse aspecto a incapacidade relativa se diferencia da incapacidade absoluta onde os atos são nulos de pleno direito, enquanto que na incapacidade relativa os atos somente serão anulados nos casos em que o interessado propor ação judicial fundamentada no artigo 178 do Código Civil.

Destarte, analisadas as hipóteses de incapacidade acima, não há como sustentar o entendimento de que a pessoa ao atingir a idade de setenta anos se torna automaticamente incapaz.

Sendo assim, a declaração de incapacidade é medida de exceção, admissível exclusivamente nos casos estabelecidos em lei, não havendo como prevalecer entendimento contrário.

## **2 CASAMENTO E REGIME DE BENS**

O casamento é o cerne do direito de família, observando-se sua importância, suas formalidades e efeitos legais entre os cônjuges, sendo o regime de bens um de seus principais efeitos.

Conforme exposto alhures, o casamento é um instituto secular, presente em diversas culturas e vem sofrendo muitas transformações no decorrer dos anos.

Maria Helena Diniz (2008, p. 41) conceitua o casamento:

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo o matrimônio é a peça-chave de todo o sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país. Deveras, Laurent chega até a afirmar que ele é o “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada. O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.

Desse modo, o casamento vai além da união carnal entre duas pessoas, constituindo também uma união espiritual e material que, ao concretizada, faz nascer direitos e deveres para os cônjuges que se projetam na sociedade.

Muito se discute sobre a natureza jurídica do casamento, se seria um contrato ou uma instituição, que se passará a analisar a seguir.

### **2.1 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO**

Washington de Barros Monteiro (2007, p. 23) leciona que o casamento se trata não de um contrato, mas de uma instituição social, pois “reduzir o casamento a um simples contrato seria equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades”.

Trata-se da teoria institucionalista em que o casamento é considerado uma grande instituição social na qual os cônjuges ingressam sem que possam discutir o conteúdo de seus direitos e deveres, pois estes estão previstos em lei.

Já para corrente contratualista o casamento é um contrato civil e, portanto, se rege de maneira semelhante aos contratos comuns, conforme ensina Silvio Rodrigues (2002, p. 21) “é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família reguladas, nos pontos essenciais por normas de ordem pública”.

Sem embargo, existe uma terceira e mais aceita corrente, conhecida como mista ou eclética que entendem que o casamento é uma instituição e um casamento ao mesmo tempo, corrente esta, que será seguida neste estudo.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 59):

Considerando como ato gerador de uma situação jurídica (casamento-fonte), é inegável a sua natureza contratual; mas, como complexo de normas que governam os cônjuges durante a união conjugal (casamento-estado), predomina o caráter institucional.

Desse modo, o casamento é um contrato especial do direito de família, se distinguindo dos contratos puros pois seu objetivo não é exclusivamente patrimonial, e ainda, possui regras e princípios próprios que não são encontrados no direito contratual. (TARTUCE, 2014)

Considerando que o instituto do casamento possui natureza contratual, cabe destacar seus efeitos, que podem ser considerados em três classes, quais sejam: social, pessoal e patrimonial. (DINIZ, 2008)

Dentre os efeitos de classe social destacam-se a constituição da família, mudança de estado civil, presunção de paternidade dos filhos e comunhão plena da vida. (FARIAS e ROSENVALD, 2012)

Do artigo 1.511 do Código Civil é possível extrair alguns dos efeitos da classe pessoal: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos. (FILHO; GAGLIANO, 2014)

A última classe de efeitos diz respeito à patrimonial que é consubstanciada pelas regras de regimes de bens, nas doações recíprocas, na obrigação de sustento entre os cônjuges e também em relação ao direito sucessório. (RODRIGUES, 2002)

Pertinente destacar que, com a evolução da família no direito brasileiro, alguns efeitos do casamento se confundem com os efeitos da união estável, haja vista a similitude de características, todavia a regulamentação do regime de bens é efeito exclusivo do casamento, não sendo possível na união estável.

Com efeito, ao objeto deste trabalho é válido aprofundar-se ao estudo dos regimes de bens enquanto efeito patrimonial do casamento.

## **2.2 MODALIDADES DE REGIMES DE BENS**

De acordo com o que foi estudado anteriormente, o casamento produz efeitos na vida dos cônjuges, com surgimento de direitos e obrigações com relação aos bens patrimoniais um do outro.

Os regimes de bens visam regulamentar a maneira como se dará a comunicação dos bens possuídos antes do casamento, bem como quanto aos adquiridos após.

Maria Helena Diniz (2008, p. 155) brilhantemente ensina que o regime de bens é:

o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial que começa a vigorar desde a data do casamento.

Destarte, é imprescindível a adoção de um regime de bens pelos cônjuges sobre seus bens para evitarem-se ou ao menos atenuarem-se possíveis danos no caso de desfazimento do vínculo conjugal, seja pela morte ou pelo divórcio.

O Código Civil estabelece quatro modalidades de regimes de bens: comunhão parcial de bens (artigos 1.658 a 1.666); comunhão universal de bens (artigos 1.667 a 1.671); participação final nos aquestos (artigos 1.672 a 1.686) e separação (artigos 1.687 e 1.688), sendo facultado aos nubentes criar regimes mistos por meio de pacto antenupcial. (DINIZ, 2008)

O artigo 1640 do Código Civil dispõe que sendo nula ou ineficaz a convenção ou ainda no silêncio das partes “vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

O regime escolhido pelos nubentes passa a vigorar na data do casamento consoante artigo 1.639 do Código Civil.

O Código Civil determina ainda que é livre aos nubentes estipular sobre os seus bens no que lhes aprouver desde de que sejam observados os princípios de ordem pública e que as cláusulas não contrariem a finalidade do casamento. (artigos 1.653 e 1.639I)

O artigo 1.658 do Código Civil dispõe sobre o regime de comunhão parcial ou ilimitada de bens in verbis “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”.

Assim, os bens adquiridos na constância do casamento formarão o patrimônio comum do casal, entretanto os bens que cada um dos cônjuges possuía antes das núpcias permanecerão sob a propriedade exclusiva daquele que já a detinha.

Será também o regime de comunhão parcial de bens o adotado no silêncio dos cônjuges ou na ineficácia do pacto antenupcial. Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 328):

O regime da comunhão parcial é o que prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou, se o fizerem, for nulo ou ineficaz (CC, art. 1.640, caput). Por essa razão, é chamado também de regime legal ou supletivo, como já mencionado. Caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns.

No regime de comunhão parcial de bens, em regra, se comunicam os títulos adquiridos durante o casamento, bem como os bens expressos no artigo 1.660 do Código Civil, excluindo-se aqueles adquiridos em decorrência de causas anteriores ao casamento conforme artigo 1.650 do mesmo diploma.

Por outro lado, há o regime de comunhão universal de bens, disciplinado no artigo 1.667 do Código Civil, em que todos os bens dos cônjuges, tantos os havidos antes do casamento como aqueles adquiridos durante, passam a integrar patrimônio único do casal.

Na comunhão universal, todos os bens, anteriores ou posteriores ao casamento, passam ao patrimônio comum. Excetuam-se da comunicação unicamente alguns bens expressamente relacionados pela lei, como os gravados com a cláusula de inalienabilidade ou de incomunicabilidade, os proventos do trabalho pessoal, direitos autorais e outros. (ULHOA, 2012)

Conforme exposto, mesmo no regime de comunhão universal há algumas exceções. O artigo 1.668 do Código Civil elenca hipóteses de incomunicabilidade, no intuito de proteger os interesses dos cônjuges.

Nesse regime todos os bens que um dos cônjuges trouxer será transmitido desde o casamento para o outro, ainda que este não traga ou adquira nenhum bem, terá direito à metade de tudo aquilo que o outro trouxe e adquiriu na constância do casamento.

A terceira modalidade de regime é de participação final nos aquestos disciplinado no artigo 1.672 que determina que “cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”.

No referido regime cada um dos cônjuges possui patrimônio próprio, formado tanto pelos bens que possuía antes do casamento como por aqueles adquiridos durante a união, administrado com exclusividade, sendo que somente com a dissolução do casamento é que serão contabilizados os aquestos para fins de meação.

Paulo Lôbo (2011, p. 325) assim conceitua o regime de participação final nos aquestos:

é um regime sem qualquer tradição na experiência brasileira, dotado de certa complexidade, por agregar elementos da comunhão parcial, separação absoluta e apuração contábil de passivo e ativo. De modo geral, os bens adquiridos antes ou após o casamento constituem patrimônios particulares dos cônjuges, da mesma forma que as dívidas que cada um contrai, mas, na dissolução da sociedade conjugal, os bens são considerados segundo o modelo da comunhão parcial.

Nessa modalidade cada cônjuge possui independência para administrar e dispor de seu patrimônio com exclusividade, apesar da complexidade de seu regramento consoante leciona Dias (2011, p. 251) “traz normas de difícil entendimento, gerando insegurança e muitas incertezas”.

A respeito da meação prossegue Lôbo (2011, p. 368):

O direito à meação, no regime de participação final nos aquestos, não é direito subjetivo integralmente constituído, mas constituível. Sua natureza é a de direito expectativo, cujo aperfeiçoamento depende de evento futuro e incerto, a saber, a ocorrência de alguma das hipóteses legais de dissolução da sociedade conjugal (morte, anulação do casamento e divórcio). Ante tais características, não pode ser objeto de qualquer ato ou negócio jurídico de disposição (renúncia, cessão, penhora), enquanto perdurar a sociedade conjugal, ou na vigência desse regime matrimonial.

Logo, trata-se de um regime híbrido e de difícil compreensão e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo fato de ser relativamente novidade seja pelas suas particularidades.

O Código Civil prevê ainda a modalidade de separação de bens que será convencional ou obrigatório, passando-se a analisar a separação de bens convencional disciplinada no artigo

1.687: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 342):

Quando se convencionava o aludido regime, o casamento não repercutia na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolvia todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio. Cada consorte conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxe para o casamento, bem como os que forem a ele sub-rogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, atendidas as condições do pacto antenupcial.

Dessa maneira, o regime de separação convencional de bens é aquele em que cada um dos cônjuges preserva a posse, domínio e administração de seus bens com exclusividade, seja os bens trazidos, seja os bens adquiridos durante o casamento.

Aqui existem dois patrimônios completamente distintos e que não se comunicam: o patrimônio do marido e o patrimônio da esposa. (DINIZ, 2008)

Além dos regimes acima expostos que são livremente estipulados pelos nubentes, há o regime de separação legal de bens disciplinado no artigo 1.641 do Código Civil e que será analisado adiante.

## **2.3 PRINCÍPIOS**

Pode-se destacar três princípios aos quais está submetido o instituto de regime de bens no ordenamento jurídico brasileiro, a orientar as relações patrimoniais dos cônjuges entre si, e dos cônjuges com terceiros no casamento, sendo eles: a variedade de regimes; a mutabilidade justificada ou motivada e o da livre estipulação.

O princípio da variedade de regimes diz respeito à possibilidade de os nubentes adotarem quaisquer dos quatro regimes descritos anteriormente, conforme os artigos 1.639 e 1.655 do Código Civil.

O Código Civil de 1916 estabelecia o regime dotal que foi revogado no Código Civil de 2002:

O regime dotal estabelecia uma desigualdade do tratamento conferido ao homem e à mulher. Tinha como base o dote, que, no “sentido técnico e jurídico, era porção de bens que a mulher, ou alguém por ela, transferia ao marido, para que este, de suas rendas, tirasse os recursos necessários à sustentação dos encargos matrimoniais, sob



condição de restituí-los depois de determinada a sociedade conjugal. (MONTEIRO, 2007 p. 22)

Note-se que o regime dotal contraria totalmente os princípios constitucionais estudados no capítulo anterior, de modo que foi excluído do novo Código Civil.

Desse modo, cabe aos nubentes escolher livremente sobre a disposição de seus bens, salvo em algumas exceções conforme leciona Cristiano Chaves Farias (2014, p. 318):

o pacto antenupcial tem natureza negocial e, como tal, precisa se harmonizar com o comando do art. 421 do Código Substantivo, que, ao impor a função social do contrato, proíbe que o negócio jurídico entre as partes possa prejudicar aos terceiros e à coletividade. Aqui, por igual, o pacto antenupcial não pode atingir normas de ordem pública porque implicaria afronta aos interesses coletivos.

Pelo princípio da mutabilidade justificada ou motivada é admissível que os cônjuges alterem o regime de bens adotado a qualquer tempo, desde que sejam observados os limites legais.

Referido princípio está expresso no Código Civil, no artigo 1.639, § 2º, in verbis “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros “.

Logo, observando-se o dispositivo em questão, os cônjuges poderão alterar o regime escolhido para quaisquer outros, desde que seja interesse dos dois cônjuges, haja motivação, sejam preservados os direitos de terceiros e que a alteração se dê mediante decisão judicial.

Quanto ao princípio da mutabilidade justificada, vale lembrar que o Código Civil de 1.916 não o adotava e, pelo contrário, tinha a inalterabilidade de regime entre os cônjuges como forma tanto de protege-los como terceiros que viessem a ser lesados pela alteração.

Nesse sentido, verifica-se um avanço grandioso do Direito Civil ao admitir a alteração de regimes, conforme assegura Pablo Stolze Gagliano (2012, p. 432)

A partir de sua consagração, o Direito Brasileiro passa a figurar ao lado de outros sistemas no mundo, que também seguem essa orientação perfilhada noutras legislações europeias (designadamente a alemã e a espanhola) e americanas, com o fundamento de que só a livre modificação das convenções permite a correção do erro que os contraentes tenham cometido na escolha do seu regime de bens ou a adaptação do regime inicial às circunstâncias, tantas vezes imprevisíveis, posteriores à celebração do casamento.

Lôbo (2011, p. 321) assevera que “No balanço de vantagens e desvantagens é melhor que a lei confie na autonomia e liberdade das pessoas, as quais, nas relações pessoais entre si e na privacidade da família, sabem o que é melhor para o regime de bens”.

Desse modo, diante dos avanços e das constantes inovações da estrutura familiar no Brasil, percebe-se que o Direito Civil tenta adotar uma posição mais globalizada e humana.

Já o **princípio da livre estipulação** está expresso no artigo 1.639 do Código Civil determinado que “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Segundo esse dispositivo, os nubentes são livres para decidir sobre qual regime adotarão antes do casamento sem qualquer interferência do Estado nessa decisão, em observância à liberdade de escolha consagrada como princípio constitucional.

Levando-se em consideração que o casamento produz feitos econômicos e sociais na esfera privada dos envolvidos, e que efeitos econômicos estão ligados diretamente a interesses patrimoniais privados, não pode haver interferência do Estado na autonomia privada, nesse sentido dispõem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Trata-se de mera projeção da autonomia privada, permitindo que os interessados regulamentem os efeitos jurídicos do seu casamento. Somente serão nulas de pleno direito (CC, art. 166) as cláusulas que afrontem preceitos de ordem pública, como, por exemplo, a que estabelece renúncia ao direito de herança que, por vias transversas, implica em afronta à proibição de que algum contrato tenha como objeto a herança de pessoa viva, contida no art. 426 do *Códex*. Exatamente por isso, Zeno Veloso afirma que “disposição mortuária, no direito brasileiro, é matéria reservada ao negócio jurídico do testamento, que tem força especial solene. (2012, p. 422)

Consoante exposto, os nubentes são livres para disporem sobre seus bens antes do casamento da maneira que melhor lhes satisfaça, ficando vedado, exclusivamente, estipulações que contrariem normas de ordem pública.

A liberdade de escolha deverá ser exercida, em regra, antes do casamento, através de pacto antenupcial ou ainda, é facultada a alteração de regime após o casamento conforme princípio da mutabilidade justificada exposto acima. (DINIZ, 2008)

O pacto antenupcial não é obrigatoriedade, portanto, será apenas necessário nos casos em que os nubentes desejarem adotar regime diverso do legal.

Destarte, da leitura dos princípios da liberdade de estipulação, positivado no artigo 1.639 do Código Civil, e consagrado na Constituição Federal como princípio da liberdade, duas pessoas capazes que desejam se casar poderão escolher o regime de bens que adotarão no casamento.

Não obstante, a livre estipulação não é absoluta, pois o artigo 1.641 do Código Civil fixa um regime de separação de bens obrigatório para determinadas pessoas, dentre elas as pessoas com idade superior a setenta anos.

Note-se que o direito civil brasileiro tem evoluído significativamente no ramo de direito de família, tendo reconhecido o afeto com um valor de grande valor e incorporado ao seu sistema direitos que se adéquem às novas estruturas familiares.

Todavia, embora a igualdade, liberdade e a importância do afeto na organização familiar tenham ganhado força no ordenamento jurídico brasileiro, a manutenção do regime de separação obrigatória de bens no Código Civil pode ser considerada uma estagnação ou até mesmo um retrocesso como será analisado a seguir.

### 3 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Em consonância com o exposto alhures, o Código Civil dispõe sobre quatro modalidades de regimes de bens que podem ser livremente escolhidos pelos nubentes, entretanto, ao lado desses, o mesmo código estabelece o regime de separação obrigatória de bens, caracterizando uma restrição ao princípio de livre estipulação, conforme segue:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Conforme se extrai, o dispositivo legal é taxativo ao elencar os destinatários do regime de separação obrigatória de bens no casamento.

Para Paulo Lôbo (2011) o regime de separação obrigatória de bens é considerado um ônus daqueles que estão incluídos em uma das três hipóteses descritas nos incisos do artigo 1.641, pois a estes cabe unicamente a escolha entre casar e não casar, pois casando deverão, obrigatoriamente, submeterem-se ao regime.

No inciso I fica determinado que não poderão escolher o regime de bens aquelas pessoas que possuem causas suspensivas para celebração do casamento, devendo, aquele que casar em tais circunstâncias, adotar o regime de separação obrigatória de bens.

São causas suspensivas do casamento, conforme artigo 1.523 do Código Civil, os viúvos que tiverem filho do falecido, antes da realização do inventário e partilha aos herdeiros; a viúva ou a mulher que tenha o casamento desfeito por ser nulo ou anulado até dez meses depois da dissolução; os divorciados até homologação da partilha e o tutor ou curador e os seus parentes com a pessoa tutelada ou curatelada até que seja cessada a tutela ou curatela e saldadas as respectivas contas.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 79) explica de forma clara no que consistem as causas suspensivas:

Causas suspensivas são determinadas circunstâncias ou situações capazes de suspender a realização do casamento, se arguidas tempestivamente pelas pessoas legitimadas a fazê-lo, mas que não provocam, quando infringidas, a sua nulidade ou anulabilidade. O casamento é apenas considerado *irregular*, tornando, porém,

obrigatório o regime da separação de bens (CC, art 1.641, I), como sanção imposta ao infrator.

Desse modo, tem-se que o objetivo do legislador ao obrigar o regime de separação de bens aqueles que possuem causas suspensivas do casamento foi, principalmente de evitar confusão patrimonial, devendo tais causas serem arguidas pelos interessados.

Caso a oposição ao casamento por causa suspensiva seja comprovada antes do casamento, este não poderá realizar-se até que sejam superadas as causas. Entretanto, sendo opostas as causas suspensivas após o casamento, este será válido, porém com separação obrigatória de bens.

Também as pessoas que precisam de autorização judicial para casar, conforme previsão do inciso III, estão sujeitas a separação obrigatória de bens, como é o caso dos menores de dezesseis anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos que não tiverem consentimento dos pais, demonstrando a preocupação do legislador em proteger os incapazes e os relativamente incapazes.

Pois bem, o tema central deste estudo vem descrito na pressuposição de limitação do inciso II, em que os nubentes maiores de setenta anos estarão submetidos ao regime de separação obrigatória de bens, sem qualquer direito de escolha.

Tal limitação legal se justificaria pela preocupação do legislador em proteger o idoso de um casamento baseado apenas no interesse financeiro, ou seja, de uma pessoa casar com alguém com mais de setenta anos com o único objetivo de tomar para si parte de seu patrimônio. (TARTUCE, 2014)

Todavia, não há justificativa para tal imposição, eis que, conforme delineado anteriormente, o critério de idade exclusivamente, não é suficiente para caracterizar incapacidade do idoso, e não é aceitável que o Estado interfira nas decisões de pessoas capazes.

Maria Berenice Dias leciona que:

A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois, ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio do processo judicial de interdição, que dispõe de rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CPC). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência de interrogatório pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado quando se trata da capacidade da pessoa. (DIAS, 2011, p. 414)

Contrariando a tendência do Direito Civil atual em que a proteção ao ser humano deve prevalecer à proteção ao patrimônio, tem-se que a separação obrigatória de bens visa a proteção somente dos bens e não do idoso como pessoa.

Ainda que o objetivo da lei seja a proteção dos herdeiros, não se justifica posto que não há que se falar em herança antes do falecimento e, também, a imposição do regime é aplicável às pessoas que não possuem herdeiros.

Por conseguinte, é necessário fazer uma análise dos pontos de vista legislativo, doutrinário e jurisprudencial para que se possa alcançar melhor entendimento quanto a manutenção do regime obrigatório de bens no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.1 ANÁLISE LEGISLATIVA**

O Código Civil de 1916 previa inicialmente no artigo 258, parágrafo único, inciso II, o regime de separação obrigatória de bens aos nubentes homens maiores de 60 (sessenta) anos e às mulheres maiores de 50 (cinquenta) anos:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

[...]

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

Como se vê no dispositivo, era dispensando tratamento discriminatório às mulheres naquela época, posto que o legislador considerava que após os 50 (cinquenta) anos a mulher não seria capaz de atrair o interesse de um homem para o casamento a ponto de proteger seu patrimônio de pretendentes interesseiros e o homem, por sua vez, valorizado pela virilidade, seguiria despertando o interesse de mulheres desinteressadas em seu patrimônio até os 60 (sessenta) anos. (DIAS, 2011)

O Código Civil de 1916 era considerado uma lei extremamente patrimonialista na essência em que a pessoa humana era considerada no mundo jurídico como sujeito de direito patrimoniais simplesmente. (FARIAS e ROSENVALD, 2011)

Nessa conjuntura discriminatória e patrimonialista foi criada pelo legislador a imposição de regime obrigatório de bens em razão da idade na intenção exclusiva de proteger o patrimônio das mulheres acima de 50 (cinquenta) anos e dos homens com mais de 60 (sessenta) anos.

Ressalte-se que o antigo Código Civil data de 1916, já no ano de 1977 foi publicada a Lei 6.515, conhecida como Lei do Divórcio, em que foi incluído o artigo 45 com a seguinte redação:

Art. 45 - Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil.

Desse modo, o casal que vivesse em união estável por mais de 10 (dez) anos ou que já tivesse filhos e decidisse se casar, poderia escolher o regime de bens, ainda que um dos cônjuges contasse com idade superior àquela prevista para o regime obrigatório de bens.

A inclusão do artigo 45 na Lei 6.515/77, Lei do Divórcio, poderia ser considerada um avanço, na medida em que o interesse da pessoa se sobrepunha aos interesses patrimoniais, entretanto tal dispositivo seria aplicado somente a determinado e exclusivo número de pessoas.

Nos anos que se seguiram, passaram-se aos debates de um novo Código Civil, sendo que em 23 de maio de 1969 foi criada a Comissão Revisora e Elaborada do Código Civil, coordenada por Miguel Reale. (Passos e Lima, 2012)

Em 10 de junho de 1975, o então Presidente da República Ernesto Geisel, encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 634/75 para criação de um novo Código Civil.

O Projeto de Lei nº 634 de 1975, em seu texto original, no artigo 1.669, inciso II, sugeria que o teor do artigo 258, inciso II, do Código Civil de 1916 fosse mantido, todavia a promulgação da Constituição Federal de 1988 que instaurou no ordenamento jurídico brasileiro uma nova ordem baseada na valoração da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, assim vários itens do projeto original do novo Código Civil tiveram de ser revistos. (VELOSO, 1997)

A respeito leciona Mario Luiz Delgado:

todo processo de codificação (e também de recodificação) tem relação direta com uma crise das fontes (característica da fase de descodificação), geradora de insegurança jurídica, o que impõe a necessidade da concentração normativa. A evolução histórica

do direito civil, portanto, é sempre caracterizada por ciclos sucessivos de dispersão e de unificação das fontes (DELGADO, Mário Luiz. Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 494)

Desse modo, buscando alinhamento com os princípios fundamentais sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em 10 de janeiro de 2002 foi publicado o novo Código Civil por meio da Lei 10.406.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha sedimentado a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade como seus principais valores, o Código Civil de 2002 manteve em sua redação a imposição do regime de separação obrigatória de bens para os nubentes com mais de 60 (sessenta) anos, no artigo 1.641, inciso II.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

[...]

II - da pessoa maior de sessenta anos.

[...]

Washington de Barros Monteiro (2007) em sua obra aduz que o Senador Josaphat Marinho disse que tal dispositivo fora mantido no Código Civil por prudência legislativa, pois considerando a idade dos nubentes era necessária a proteção das pessoas e de suas famílias.

Considerando-se que o novo Código Civil de 2002 estabeleceu o mesmo parâmetro de idade tanto para homens quanto para mulheres, pode-se considerar que ao menos nesse quesito tenha observado o princípio constitucional de igualdade entre homens e mulheres, entretanto não foram observados os direitos da pessoa idosa.

Nessa seara de inovações legislativas, em 1º de outubro de 2003, foi publicada a Lei 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, cujo principal objetivo, obviamente é preservar e proteger os direitos da pessoa idosa.

Consoante artigo 1º do Estatuto do Idoso, será considerada idosa a pessoa que contar com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade.

Dentre vários direitos, tais como prioridade na tramitação de processos judiciais, gratuidade no transporte público, descontos em atividades culturais, etc., o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, vem reforçar o direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, de envelhecimento com dignidade:



Art. 8º—O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º—É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade

Com a instituição do Estatuto do Idoso em 2003, percebe-se uma sensibilização maior do legislador a respeito dos direitos da pessoa idosa, todavia, no referido texto qualquer previsão a respeito do regime de bens, permanecendo aquele previsto no Código Civil de 2002.

A respeito do regime de separação obrigatória de bens imposto aos idosos, previsto no Código Civil em face ao Estatuto do Idoso, extrai-se:

Ademais, atenta, por igual, contra a proteção integral e prioritária dedicada ao idoso pela Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso, restringindo, indevidamente, a sua autodeterminação. É, enfim, um verdadeiro ultraje gratuito à melhor idade, decorrente de uma cultura patrimonialista, que se acostumou a valorizar a pessoa, e não seu patrimônio. O ser e não o ter! (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 311)

Ainda que a Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso – não tenha trazido inovações quanto ao tema, houve por parte do Legislativo demonstrações específicas de descontentamento quanto ao regime obrigatório de bens imposto aos sexagenários no Código Civil, dentre os quais pode-se destacar:

O arquivado Projeto de Lei 4.945/2005, autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, pleiteava, dentro outras alterações, a revogação do inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil, justificando que tal dispositivo contraria a dignidade humana dos idosos “que ficam impedidos de livremente escolher o regime de bens, ao se casarem, como punição pela renovação do amor. Esse dispositivo é incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV da Constituição Federal.

No Senado, encontra-se também arquivado o Projeto de Lei 209/2006, autoria do Senador José Maranhão propondo a revogação do inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil, por entender que tal imposição caracteriza intervenção estatal abusiva, além deferir princípios constitucionais, conforme se vê em sua justificação:

tal imposição de regime de bens não apenas uma intervenção estatal abusiva na instituição familiar, como também uma evidente violação, de caráter discriminatório, do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra consubstanciado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (CF). Ademais, tem-se argüido afronta também a outros dispositivos constitucionais, a saber: ao art. 5º, incisos I e X, e ao art. 226, do qual emerge o princípio da liberdade de constituir entidade familiar

Além dos referidos projetos objetivando a revogação do referido dispositivo, outros foram realizados no sentido de alterar a idade prevista para imposição do regime, destacando-se o Projeto de Lei 108/2007, autoria da Deputada Federal Solange Amaral, cuja justificativa para alteração seria o aumento da expectativa de vida do brasileiro:

Nos primórdios do Século XX, a expectativa de vida média do brasileiro variava entre 50 e 60 anos de idade, a Lei No. 3.071, de 1o de janeiro de 1916, o que condicionou o legislador a estabelecer que nos casamentos envolvendo cônjuge varão maior de 60 anos e cônjuge virago maior de 50 anos deveria ser observado o Regime de Separação Obrigatória de Bens, norma expressa no inciso II do Art. 258 daquele Estatuto. Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou profundas transformações no campo da medicina e da genética, o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma maior longevidade. Tais mudanças induziram o legislador a aperfeiçoar o Código Civil de 1916, por intermédio da redação que substituiu o antigo Art. 256 pelo inciso II do Art. 1.641, que trata do Regime de Bens entre os cônjuges. Tal alteração estipulou que homens e mulheres, quando maiores de 60 anos, teriam, obrigatoriamente, de casar-se segundo o Regime de Separação de Bens. Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos.

Como consequência dessa inquietação legislativa a respeito do regime de separação obrigatória de bens imposto aos idosos, o Projeto de Lei 108/2007 foi aprovado e convertido na Lei 12.344 publicada em 09 de dezembro de 2010, que alterou o inciso II, artigo 1.641 do Código Civil de 2002, para que a obrigatoriedade do regime de separação de bens fosse aplicada para as pessoas maiores de 70 (setenta) anos e não mais de 60 (sessenta) anos.

Atualmente, a redação do Código Civil é a seguinte:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

[...]

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

Ainda que tal alteração pudesse ser considerada um avanço, haja vista que foram acrescentados mais 10 (dez) anos ao prazo para pessoa idosa ser considerada hábil para decidir qual o melhor regime de bens a ser adotado em seu casamento, tal não foi o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira conforme segue:

Esta nova lei tem o mérito de trazer à reflexão e proporcionar a importante discussão sobre os limites de intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos, sobre a contradição da restrição à liberdade de escolha do regime de bens do casamento, sobre expectativas de herança, enfim, sobre os perigos das paixões. A partir desta nova lei, a Presidente eleita, Dilma Rousseff, se vier a se casar novamente não está mais

obrigada a se casar pelo regime de separação de bens. Por outro lado, os ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso e Jose Sarney, por terem mais de 70 anos de idade continuam semi-interditados, ou seja, se vierem a se casar novamente têm restrição em sua liberdade na escolha das regras econômicas de suas novas relações amorosas.

O superior Tribunal de Justiça - STJ e alguns tribunais estaduais já haviam se posicionado pela inconstitucionalidade desta regra (art. 1641, II código civil) restritiva de liberdade individual (Recurso Especial 471.958). A contradição, e, portanto a ainda inadequação da nova lei, ao continuar impondo limite de idade para escolha do regime de bens do casamento, é flagrante se pensarmos que grande parte dos julgadores dos tribunais superiores, ocupantes de cargos no legislativo e executivo, têm mais de sessenta, e boa parte até mais de setenta anos, tomam decisões importantes para a vida econômica do país e não podem decidir sobre a economia de sua própria vida? (Rodrigo da Cunha Pereira - Publicado em: 22/12/2010 <http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTI3Nzg>. Acesso em 30/04/2018)

Percebe-se que a adição de 10 (dez) anos ao limite de idade previsto no inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil, não elide desconfiguração dos princípios fundamentais, entre os quais, liberdade e igualdade, adotados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Maria Berenice Dias ao manifestar-se sobre a inovação da Lei 12.344/10 alerta:

Apesar de ter sido festejada, este é o real alcance da nova lei que tem um conteúdo dos mais retrógrados. Chancela um absurdo. Quem sabe para não frustrar a expectativa de eventuais herdeiros, que avizinham a possibilidade de receber os bens do parente, que, afinal, já está velho e não tem direito de ser feliz. (DIAS, 2011)

Assim, a simples alteração do dispositivo, seja para igualar homens e mulheres, seja para aumentar o limite de idade estabelecido, não se faz suficiente para atender os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, tramita o Projeto de Lei 189/2015 de autoria do Deputado Federal Cleber Verde buscando a revogação do inciso II, artigo 1.641 do Código Civil, justificando que tal preceito fere o princípio da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, destacando também, que tal regramento não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme se extrai de alguns trechos da justificativa:

Ora, o dispositivo legal, parece acreditar que as pessoas maiores de sessenta anos não têm o devido discernimento para dispor sobre os seus bens, e numa falsa tentativa de proteger o patrimônio do idoso e da própria família, cria a maior das injustiças. A pessoa, que tiver plena capacidade de exercer os atos da vida civil, tem o direito de dispor livremente sobre os seus bens, e ninguém pode interferir nessa vontade, nem mesmo a lei. Não há razão para se entender que o maior de sessenta anos, que durante toda a vida constituiu seu patrimônio, a essa altura, seja tolhido de fazer suas próprias escolhas. Os bens, que pertencem ao idoso, e que foram por ele conquistados, não só podem, como devem ser partilhados da forma que ele entender ser o melhor para a sua vida naquele momento, ainda que o futuro casamento dure apenas por alguns instantes. Como conceber a dignidade da pessoa humana, se ao completar sessenta anos, o indivíduo é considerado incapaz de resolver sozinho como irá estabelecer seu

regime de bens? Ainda que com a melhor das intenções, a lei partisse do pressuposto que o idoso seria vulnerável às enganações, peca terrivelmente por ignorar o fato de que a experiência e a maturidade acumulada durante toda a vida podem revelar a mais apurada sabedoria.

Da mesma maneira, tramitam o Projeto de Lei 2.285/2007, autoria do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro e o Projeto de Lei 470/2013, autoria da Senadora Lídice da Mata, ambos propondo a criação do Estatuto das Famílias, que criaria um microsistema semelhante ao Direito do Consumidor, revogando as normas do Código Civil aplicáveis ao Direito de Família, passando a vigorar tal estatuto.

Na justificção do Projeto de Lei 2.285/2007 do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, a respeito da supressão da obrigatoriedade do regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, assim constou:

Por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, também foi suprimido o regime de separação obrigatório, que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF) tinha praticamente convertido em regime de comunhão parcial. Definiu-se, com mais clareza, quais os bens ou valores que estão excluídos da comunhão parcial, tendo em vista as controvérsias jurisprudenciais e a prática de sonegação de bens que devem ingressar na comunhão.

A Senadora Lídice da Mata, autora do Projeto de Lei 470/2013, utilizou da mesma justificção quanto a supressão do referido dispositivo legal.

Certamente, por isso, melhor é o tratamento dado pelo Projeto de Lei n. 2.285/07 (Estatuto das Famílias) que, considerando “o caráter discriminatório e atentatório da dignidade dos cônjuges” suprimiu esse indesejável regime de bens, uma vez que a única efetiva utilidade da separação obrigatória residiria na prevenção da confusão patrimonial (art. 1.523, CC-02), o que poderia ser resolvido de outra forma, em previsão normativa específica e de cunho excepcional, sem limitar genericamente a manifestação da vontade de nubentes que se encontrassem em situação diversa (a exemplo dos idosos ou daqueles que necessitassem de autorização judicial para casar). (GAGLIANO e FILHO, 2014, p. 340)

Da análise legislativa, em observância à exposição dos projetos de leis referidos, bem como da evolução do Direito Civil, adotando a pessoa como prioridade em detrimento ao patrimônio, depreende-se que o Legislativo demonstra ser favorável à revogação da obrigatoriedade do regime de separação de bens imposto aos maiores de 70 (setenta) anos, eis que incompatível com a Constituição Federal e com o atual Direito de Família.

### 3.2 ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Da análise legislativa percebe-se que há divergência, pois embora haja uma movimentação no sentido de revogar o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil que dispõe sobre a obrigatoriedade do regime de separação de bens, fato é que o dispositivo segue vigente.

Entre os doutrinadores a situação não é diferente, posto que a divergência quanto à constitucionalidade do referido artigo também se faz bem presente.

Relevante parte da doutrina jurídica se posiciona no sentido de que o regime de separação obrigatória de bens imposto aos nubentes maiores de setenta anos não poderia ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois tal norma é totalmente incompatível com os princípios e fundamentos nela previstos.

Por outro lado, encontra-se entre os doutrinadores jurídicos, aqueles que entendem que a intenção do legislador foi exclusivamente de proteger a pessoa idosa de casamentos fundados no interesse econômico e que, portanto, tal norma seria constitucional.

Filho e Gagliano (2014) não se mostram convencidos pela justificativa do legislador de que a obrigatoriedade do regime de separação de bens para os nubentes maiores de setenta anos tem o intuito de protegê-los de pretendentes interessados exclusivamente em seu patrimônio:

A alegação de que a separação patrimonial entre as pessoas que convolverem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso de investidas de quem pretenda aplicar o “golpe do baú” não convence. E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, um uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros. Não podemos extrair dessa norma uma interpretação conforme a Constituição. Muito pelo contrário. O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso. Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade! Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por sua idade. Aliás, com 60 anos (como era o limite original do dispositivo), 70 anos (na atual redação) ou mais idade ainda, a pessoa pode presidir a República. Pode integrar a Câmara de Deputados. O Senado Federal. Poderia, ainda, no limite etário de 60 anos, compor a mais alta Corte brasileira, na condição de Ministro! E não poderia escolher livremente o seu regime de bens? Não podemos tentar encontrar razão onde ela não simplesmente não existe. (GAGLIANO e FILHO, 2014, p. 339)

Pelo exposto, é que Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014) não só repudiam a previsão legal de regime de separação de bens obrigatório aos maiores de setenta

anos, como também fazem duras críticas à justificativa do legislador quanto a proteger a vulnerabilidade da pessoa idosa.

Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 215) destaca o caráter discriminatório da obrigatoriedade de separação de bens aos maiores de setenta anos:

esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade.

O disposto acima atenta para os princípios consagrados na Constituição Federal, da dignidade humana e da igualdade, segundo os quais não haverá distinção entre as pessoas, em razão de sexo, raça ou idade, posto que aos mesmos riscos que estão expostos os nubentes de setenta anos também estariam aqueles com trinta.

Não é a idade da pessoa que determina se esta estaria suscetível a um casamento baseado exclusivamente no interesse pelos seus bens, mas diversos outros fatores, e taxar alguém com mais de setenta anos de incapaz é discriminatório e inconstitucional.

Maria Helena Diniz (2008) segue o mesmo rumo afirmando que não há justificativa plausível, sob o ponto de vista jurídico, ao regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de setenta anos, pois, em regra, a pessoa na idade de setenta anos é perfeitamente capaz.

Prossegue ainda doutrinadora Maria Helena Diniz aludindo que nem senilidade, por si só, seria suficiente para justificar incapacidade:

A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato porque não pode ser considerada equivalente a um estado psicopático. Poderá haver interdição se a senectude originar um estado patológico, com a arteriosclerose, que afete a faculdade mental, retirando do idoso o necessário discernimento ou a clareza de razão para praticar atos negociais, em que a incapacidade absoluta resulta do estado psíquico e não da velhice (DINIZ, 2008, p. 178)

Também Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 113) afirma que tampouco a idade quanto a senilidade são causas limitadoras de capacidade, mas unicamente a constatação de estado mental que impeça o perfeito discernimento necessário ao interditado de gerir ou cuidar de seu negócio e sua pessoa.

Maria Berenice Dias (2011) sustenta que a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos consolida-se como uma verdadeira afronta ao Estatuto do Idoso,

alegando que o não há aporte fático ou legal que avalize a incapacidade do maior de setenta anos presumida pelo legislador.

De mais a mais, mesmo que os nubentes septuagenários comprovem sua capacidade, discernimento, higidez e até mesmo a inexistência de herdeiros, ainda assim permanecerão proibidos de escolher o regime de bens.

Outro ponto destacado por Maria Berenice Dias (2011) é de que a imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos não se aplicaria à união estável, pois não há previsão legal para tanto, de maneira que talvez fosse mais vantajoso ao septuagenário estabelecer um relacionamento informal em que vigora, em regra, o regime de comunhão parcial de bens.

Paulo Lôbo (2011) coaduna com esse entendimento, afirmando que a obrigatoriedade do regime de separação de bens é um ônus a ser suportado pelos nubentes maiores de setenta anos, reduzindo a autonomia da pessoa idosa, constringendo-o a tutela reducionista restringindo sua liberdade:

A norma é preconceituosa, na medida em que veda o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. Historicamente, essa norma radica na primazia do interesse patrimonial sobre o existencial, e a realização do projeto de vida de cada um. A difusão vulgar do chamado “golpe do baú” mascara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material. (LÔBO, 2011, p. 295)

Desse modo, a norma apesar da justificativa de proteção ao idoso quanto ao chamado “golpe do baú” é desarrazoada, pois nada mais é do que preconceituosa e discriminatória, na medida em que presume incapacidade do ser humano exclusivamente em razão da idade.

Érica Canuto em artigo publicado pela Revista Brasileira de Direito de Família - IBDFAM (2004, p. 71-72) esclarece que:

A limitação da vontade, em razão da idade, impondo regime da separação obrigatória de bens, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva), constitui-se em verdadeira sanção ou restrição de direitos. A lei permite a realização do casamento das pessoas maiores de 60 anos, que diz respeito à questão relativa ao estado da pessoa, constituindo-se em direito indisponível. Sem qualquer imposição justificável, limita a vontade dessas pessoas – apenas em razão da idade – no aspecto patrimonial do casamento, que é direito totalmente indisponível. O que faz o dispositivo é criar uma hipossuficiência objetiva em razão da idade. O que é de todo descabida e inconstitucional. Por tais razões, outra não poderia ser a hipótese interpretativa, senão ler o dispositivo referido a partir da Constituição Federal de 1988, e, conseqüentemente, considerá-lo como inconstitucional em razão dos Princípios da Isonomia e da Liberdade.



Referida autora aduz que a imposição do regime de separação obrigatória de bens em razão da idade consiste numa restrição de direitos inconstitucional, assim como Fabio Ulhoa Coelho demonstra, ainda, que se trata de uma norma desatualizada:

Mas é inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana. A doutrina já tem assentado o entendimento pela inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do CC, embora a jurisprudência ainda titubeie a respeito do tema. (COELHO, 2012, p. 88)

Percebe-se que a doutrina majoritária critica duramente o legislador que ao invés de valorizar a pessoa, busca proteger o patrimônio de futuros herdeiros, impossibilitando a pessoa idosa de dispor livremente sobre seus bens no que diz respeito ao casamento.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 o ordenamento jurídico brasileiro adotou a dignidade da pessoa humana como seu principal valor, amparado por princípios fundamentais como liberdade e igualdade, e o impedimento de uma pessoa dispor livremente sobre seus bens por conta de sua idade fere gravemente sua dignidade.

A dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios. (TAVARES, 2013, p. 589)

Desse modo, se vê que a maior parte da doutrina se posiciona pela inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens aos nubentes maiores de setenta anos, entretanto ainda há quem defenda sua aplicação, como faz Débora Gozzo (1992, p. 390) quanto a imposição de separação de bens, esclarece que:

Aquele que está apto a se casar está apto a pactuar. Assim, aquelas pessoas que não estiverem impedidas pelo ordenamento jurídico de contrair matrimônio podem celebrar o pacto antenupcial, uma vez que elas têm o “assentimento” legal para deste modo atuarem. Elas podem, desde que não infrinjam qualquer dos incisos do artigo 183 do Código Civil (de 1916, correspondente em parte ao artigo 1.523 do Código Civil de 2002), casar e pactuar livremente. Convém chamar atenção, todavia, para as hipóteses normativas previstas nos incisos I a IV do parágrafo único do artigo 258 da lei civil (1916). Nelas se encontram arroladas as pessoas que não podem celebrar o pacto antenupcial. A elas impõe-se necessária e obrigatoriamente o regime da separação de bens. Elas não tem legitimidade – embora possam ter a chamada capacidade de fato – para pactuarem regime diverso daquele que por lei lhes é imposto. O objetivo desta proibição é simplesmente o de evitar que qualquer uma delas elencadas possa vir a ser vítima de pessoa inescrupulosa. (GOZZO, 1992, p. 390)



Também Zeno Velozo (1997) ainda sob a égide do Código Civil de 1916 defendia a aplicação e permanência da obrigatoriedade do regime de separação de bens para pessoa com determinada idade:

De nossa parte, advogamos, para o tema, uma solução intermediária. Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando-se honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse. [...] Achamos, porém, que a regra protetiva – o casamento sob o regime impertativo da separação – deve ser mantida. (VELOSO, 1997, p. 32)

Por fim, Washington de Barros Monteiro (2007) assevera que a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos não fere o princípio da liberdade, pois tal princípio não seria absoluto, eis que encontra vários limites no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo possível admitir-se que casamentos sejam realizados por meros interesses financeiros.

De acordo com a análise doutrinária realizada compreende-se que o entendimento majoritário é pela inaplicabilidade do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos, haja vista que a idade de setenta anos, por si só, não caracteriza incapacidade, além de que, tal imposição investe contra os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, consagrados pela Constituição Federal de 1988.

### **3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Subsequentemente às análises legislativa e doutrinária, que têm demonstrado entendimento majoritário pela inconstitucionalidade do inciso II, artigo 1.641 do Código Civil que dispõe sobre o regime de separação de bens obrigatório aos nubentes maiores de setenta anos, faz-se necessário passar a análise jurisprudencial a respeito.

Há que se esclarecer que os tribunais têm se manifestado quanto ao regime de separação obrigatória desde o Código Civil de 1916, quando foi introduzido tal dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro pelo legislador.

Em 08 de maio de 1964 foi publicada a Súmula 377 pelo Supremo Tribunal Federal que determina que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

De acordo com a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, os aquestos, ou seja, os bens adquiridos durante o casamento, são bem comunicáveis, portanto, seriam divididos pelos cônjuges em caso de divórcio, conforme Maria Berenice Dias (2011, p. 414-415):

A situação de absoluta injustiça levou o STF, já no ano de 1964, a editar a Súmula 377, simplesmente alterando o regime imposto pela lei. Ao ser autorizada a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento, acabou a Justiça transformando o regime de separação total dos bens no regime da comunhão parcial. A doutrina e a jurisprudência, de forma majoritária, passaram a considerar plena de discriminação e de preconceito a diferenciação legal, pois revela o conceito de uma distante época, onde o individualismo e a preocupação de proteger e de preservar a família legítima justificavam a ingerência exercida pelo Estado sobre a vontade individual. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional do respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade, consagrados como direitos humanos fundamentais.

O enunciado da referida súmula tornou semelhante o regime de separação de bens obrigatório ao regime de comunhão parcial, isso porque a separação obrigatória se reserva aos bens adquiridos antes do casamento.

Nesse sentido manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. AQUÊSTOS.

ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO. SÚMULA 377/STF. INCIDÊNCIA.

1. No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges (art. 259 CC/1916).

2. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 442.629/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2003, DJ 15/09/2003, p. 324, REPDJ 17/11/2003, p. 332)

Cario Mário da Silva Pereira (2009) assevera que com a edição da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal se instalou debate quanto a necessidade de comprovação do esforço comum dos cônjuges para aquisição dos bens a serem partilhados, todavia tal discussão teria sido superada, entendendo-se que pela presunção de comunhão sendo desnecessária a comprovação de participação financeira ou não de ambos os cônjuges na aquisição dos bens, conforme se extrai jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

União estável. Dissolução. Partilha do patrimônio. Regime da separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal.

Precedentes da Corte.

1. Não há violação do art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal local, expressamente, em duas oportunidades, no acórdão da apelação e no dos declaratórios, afirma que o autor não comprovou a existência de bens da mulher a partilhar.

**2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.**

3. Não sendo comprovada a existência de bens em nome da mulher, examinada no acórdão, não há como deferir a partilha, coberta a matéria da prova pela Súmula nº 7 da Corte.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 736.627/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 01/08/2006, p. 436) *grifo nosso*

Embora seja predominante o entendimento de que se comunicam os bens adquiridos na constância da união, sob regime de separação obrigatória, independentemente da comprovação de esforço comum, há julgados recentes no Tribunal de Justiça de Santa Catarina que entendem pela necessidade de demonstração do esforço comum, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO POST MORTEM. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM SEGUNDA INSTÂNCIA. INADMISSIBILIDADE. DOCUMENTAÇÃO QUE NÃO SE REFERE A FATOS NOVOS, TAMPOUCO SE DESTINA A CONTRAPOR ARGUMENTOS E PROVAS POSTERIORES À CONTESTAÇÃO. REQUERENTE QUE TEVE OPORTUNIDADE DE ANEXAR PROVA À RÉPLICA OU, AO MENOS, SOLICITAR DILAÇÃO DE PRAZO NAQUELE MOMENTO PROCESSUAL. 2. RECURSO DO AUTOR. TENCIONADA COMUNICABILIDADE DE 3 IMÓVEIS ADQUIRIDOS PELA VIRAGO NO INTERREGNO DA RELAÇÃO. PARTES UNIDAS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. EXEGESE DO ARTIGO 258, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. **NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM PARA A DIVISÃO DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO.** EFEITOS DA IMPOSIÇÃO DO REGIME MITIGADOS PELA SÚMULA 377 DO STF. TOTAL AUSÊNCIA DE PROVAS, PORÉM, DA PARTICIPAÇÃO DO VARÃO NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO. 3. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS DEVIDOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 85, §§ 1º, 8º E 11, DA LEI PROCESSUAL CIVIL. 4. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0008874-08.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-05-2018). *grifo nosso*

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DO AUTOR. INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO À PRESUNÇÃO DE PROPORÇÃO IGUALITÁRIA NA PARTILHA DAS BENFEITORIAS REALIZADAS NO IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE. SUBSISTÊNCIA. UNIÃO CONTRAÍDA COM OCTAGENÁRIO QUE DUROU APENAS SEIS ANOS. REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. PARTICIPAÇÃO DA CONVIVENTE QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA, RESTRINGINDO-SE OS DIREITOS DESTA AOS VALORES QUE, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, CONSEGUIR COMPROVAR QUE EFETIVAMENTE DISPENDEU NA REFORMA DO IMÓVEL DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DE SEU EX-COMPANHEIRO. AVALIAÇÃO GLOBAL DO BEM QUE NÃO PODE SERVIR DE PARÂMETRO, POIS JÁ EXISTENTE AO TEMPO DO INÍCIO DA RELAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA PARA RECONHECER O REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL E ATRIBUIR À REQUERIDA O DEVER DE COMPROVAR SUA EFETIVA PARTICIPAÇÃO NA MELHORIA DA RESIDÊNCIA DO SEU EX-COMPANHEIRO. "Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. **Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.**3. Recurso especial provido" (REsp 646.259/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010). RECURSO DO AUTOR (OCTAGENÁRIO) QUE PRETENDE A EXCLUSÃO DO VALOR DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO RECEBIDOS POR ELE EM FACE DE DOAÇÃO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE JOINVILLE. INSTRUMENTO DE DOAÇÃO SOMENTE EM NOME DO REQUERENTE. VIABILIDADE DA PRETENSÃO. DECORRÊNCIA LÓGICA DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL E, AINDA QUE SE PUDESSE CONSIDERAR REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL, APLICAÇÃO DO ART. 1659, I, DO CC/2002. APELO PROVIDO EM PARTE. RECURSO ADESIVO DA RÉ QUE VISA AO ACOLHIMENTO DE PEDIDO PARA COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELO USO EXCLUSIVO DO IMÓVEL PELO AUTOR. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO FORMULADO EM VIA INADEQUADA. NECESSIDADE DE RECONVENÇÃO OU AÇÃO PRÓPRIA. ADESIVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301043-48.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 22-08-2017). *grifo nosso*

A respeito do tema, o vizinho Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já possui entendimento diverso:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INVENTÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE PLANO DE PARTILHA. MEAÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. SÚMULA 377. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. a) **A meação do viúvo e a aplicação da Súmula 377 - prova de contribuição: tratando-se de casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens, aplica-se a súmula 377 do STF para fins de reconhecer a meação do cônjuge sobrevivente sobre os bens onerosamente adquiridos durante a vigência do casamento, independente de prova de contribuição, sendo essa presumida.** b) Direito real de habitação: é garantido ao cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens, o direito real de habitação

sobre o imóvel que servia de residência ao casal (art. 1.831 do Código Civil). c) As Joias e Semijoias: os herdeiros não divergem quanto ao direito de partilha igualitária das joias e semijoias deixadas pela falecida mãe. Logo, não há impeditivo à inclusão de tais objetos na partilha. d) IPVAs e IPTUs: é de todos os herdeiros a responsabilidade pelo pagamento dos ônus tributários incidentes sobre os bens do espólio durante o inventário, ainda que, nesse período, tais bens tenham ficado sob a administração do inventariante. e) Litigância de má-fé: ausente intenção procrastinatória a justificar o pedido contrarrecursal de condenação da parte apelante às penas por litigância de má-fé. f) Prequestionamento: o presente julgado deu plena aplicação à sumula 377 do STF. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. REJEITARAM O PEDIDO CONTRARRECURSAL. (Apelação Cível Nº 70075804211, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 22/03/2018)

No mesmo sentido recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE CASAMENTO. PARTILHA DE BENS. CÔNJUGE SEXAGENÁRIO. ART. 258, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE BENS.

SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA OU LEGAL. SÚMULA Nº 377/STF. DESNECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM.

1. É obrigatório o regime de separação legal de bens no casamento quando um dos cônjuges, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação art. 258, II, do Código Civil de 1916.

**2. O regime da separação obrigatória de bens entre os sexagenários deve ser flexibilizado em razão da Súmula nº 377/STF, comunicando-se todos os bens adquiridos, a título oneroso, na constância da relação, independentemente da demonstração do esforço comum dos cônjuges.**

3. Recurso especial provido para determinar a partilha dos aquestos a partir da data do casamento regido pelo regime da separação legal ou obrigatória de bens, conforme o teor da Súmula nº 377/STF.

(REsp 1593663/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016) grifo nosso

Filho e Gagliano (2014) sobre a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal declaram que tem por objetivo evitar o enriquecimento se, causa por parte do marido ou da mulher, permitindo que os bens adquiridos na constância do casamento, ou seja, pelo esforço comum, sejam partilhados.

Também o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil realizada no ano de 2002 se manifestou a respeito do regime obrigatório de separação de bens por meio do Enunciado 125 que propõe a revogação do artigo 1.641, inciso II do Código Civil:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um

preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Verifica-se do enunciado que o dispositivo desconsidera, além dos princípios constitucionais, também as alterações da expectativa e qualidade de vida das pessoas no Brasil.<sup>3</sup>

Note-se que a referida Súmula data de 1964, portanto anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo que os Tribunais quando provocados sobre a obrigatoriedade do regime de separação de bens em razão da idade, chegaram a manifestar que tal norma não teria sido recepcionada pela Carta Magna:

Destaca-se a decisão proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo então Desembargador Antonio Cesar Peluso, no julgamento da Apelação Cível n. 007512-4/2-00 da 2ª Câmara de Direito Privado em 18 de agosto de 1998:

CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil.<sup>4</sup>

No referido acórdão o relator destacou que o artigo, 258, parágrafo único, inciso II do Código Civil de 1916 fora criado baseado em valores sociais de outra época e que não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988 pois incompatível com a dignidade humana.

Com a publicação do Código Civil de 2002 que manteve a previsão de regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos no inciso II, artigo 1.641, constatou-se em ampla pesquisa julgados no sentido de que o referido dispositivo seria inconstitucional.

Há que se realçar jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi relatora a então Desembargadora Maria Berenice Dias:

**Ementa:** ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados

<sup>3</sup> <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos.html>

<sup>4</sup> Revista Brasileira de Direito de Família do IBDFam, vol. 1, p. 98



pelo regime da separação obrigatória debens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Apelação Cível Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/08/2003)

No processo em referência, dois herdeiros buscavam a anulação de uma doação realizada por seu falecido pai à esposa com quem era casado pelo regime de separação obrigatória, por entenderem que em decorrência do regime obrigatório estaria o cônjuge impedido de dispor sobre os seus bens em favor da esposa ainda que por doação.

Em defesa a viúva pugnou pela validade da doação, bem como pela inconstitucionalidade do dispositivo que obriga a separação de bens.

No julgamento a então Desembargadora Maria Berenice Dias ressaltou que a norma que estabelece a obrigatoriedade do regime de separação de bens em razão da idade fere diretamente a dignidade humana e, portanto, não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988, destacando ainda em seu relatório que “Antigamente, numa época disseminada pelo preconceito e discriminação, casavam-se os patrimônios das famílias. Hoje, casam-se os afetos, num espírito de liberdade e igualdade, preconizado pela Constituição Federal”.

Também o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se manifestou sobre a inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos:

APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS - SENTENÇA QUE DECLAROU EXTINTO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - LEGITIMIDADE E INTERESSE PARA PLEITEAR A RESPECTIVA ALTERAÇÃO, QUE ENCONTRARIA RESPALDO NO ART. 1.639, § 2º, DO CC - MATRIMÔNIO CONTRAÍDO QUANDO OS INSURGENTES POSSUÍAM MAIS DE 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PRETENDIDA MODIFICAÇÃO PARA O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCLUSÃO DE QUE A IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS IDOSOS SE REVELA INCONSTITUCIONAL - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - LEGISLAÇÃO QUE, CONQUANTO REVESTIDA DE ALEGADO CARÁTER PROTECIONISTA, MOSTRA-SE DISCRIMINATÓRIA - TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE - MATURIDADE QUE, PER SE, NÃO ACARRETA PRESUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - NUBENTES PLENAMENTE CAPAZES PARA DISPOR DE SEU PATRIMÔNIO COMUM E PARTICULAR, ASSIM

COMO PARA ELEGER O REGIME DE BENS QUE MELHOR ATENDER AOS INTERESSES POSTOS - NECESSIDADE DE INTERPRETAR A LEI DE MODO MAIS JUSTO E HUMANO, DE ACORDO COM OS ANSEIOS DA MODERNA SOCIEDADE, QUE NÃO MAIS SE IDENTIFICA COM O ARCAICO RIGORISMO QUE PREVALECIA POR OCASIÃO DA VIGÊNCIA DO CC/1916, QUE AUTOMATICAMENTE LIMITAVA A VONTADE DOS NUBENTES SEXAGENÁRIOS E DAS NOIVAS QUINQUAGENÁRIAS - ENUNCIADO Nº 261, APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO O CASAMENTO É PRECEDIDO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006, QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO - CONSORTES MENTALMENTE SADIOS - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR INDEVIDAMENTE A PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL, REVELA-SE IMPEDITIVA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - DECISUM CASSADO - REGIME DE BENS MODIFICADO PARA O DE COMUNHÃO UNIVERSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "Deduzir, com pretensão de valor irrefutável e aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice teórico do ciclo biológico e na plenitude das energias interiores, à condição de adolescentes desvairados, ou de neuróticos obsessivos, que não sabem guiar-se senão pelos critérios irracionais das emoções primárias, sem dúvida constitui juízo que afronta e amesquinha a realidade humana, sobretudo quando a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidades da pessoa, as quais constituem o substrato sociológico da noção da capacidade jurídica. [...] Não é tudo. A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio Ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge" (TJSP. Apelação Cível nº 007512-4/2-00, Relator: Desembargador Cezar Peluso, São José do Rio Preto, j. 18/08/1998). (TJSC, Apelação Cível n. 2011.057535-0, de Criciúma, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 01-12-2011).

Tratava-se o processo em referência de ação de alteração de regime de bens que fora extinta pelo juízo *a quo* com base no artigo 267, IV do antigo Código de Processo Civil.

Os autores buscavam alterar o regime de bens para universal pois quando casaram no ano de 2006 ambos contavam com mais de setenta anos de idade e, portanto, foram obrigados a adotar o regime de separação de bens, com base no artigo 1.641, inciso II do Código Civil.

Ocorre que o casal que vivia em união estável desde 1964 buscou judicialmente a alteração do regime e apelou da decisão do juízo *a quo* sob o argumento de que possuíam todas as condições da ação, além de pugnam pela inconstitucionalidade do regime obrigatório aos maiores de setenta anos.



Em sua decisão, o Relator Desembargador Luiz Fernando Boller Paulo destacou ser totalmente inaceitável nos dias atuais a vigência do artigo 1.641, II, Código Civil por afrontar a Constituição Federal, asseverando que “a disposição que limita, pois, a liberdade de escolha do regime de bens de nubente maior de setenta anos de idade, além de revelar-se discriminatória, também viola o princípio da dignidade humana”.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que se aplica à união estável as disposições referentes ao regime de separação obrigatória no sentido de que apenas se comunicam os bens adquiridos na constância da união àqueles que passarem a viver em união estável após os setenta anos, senão veja-se:

RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SÚMULA 377 DO STF. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL QUE DEVEM SER PARTILHADOS DE FORMA IGUALITÁRIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM DOS COMPANHEIROS PARA LEGITIMAR A DIVISÃO. PRÊMIO DE LOTERIA (LOTOMANIA). FATO EVENTUAL OCORRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. NECESSIDADE DE MEACÃO.

**1. Por força do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens (recentemente, a Lei 12.344/2010 alterou a redação do art. 1.641, II, do CC, modificando a idade protetiva de 60 para 70 anos). Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou a mulher maior de cinquenta. Precedentes.**

2. A ratio legis foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace.

3. A Segunda Seção do STJ, seguindo a linha da Súmula n.º 377 do STF, pacificou o entendimento de que “apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha” (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015).

4. Nos termos da norma, o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de “bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior” (CC/1916, art. 271, II; CC/2002, art. 1.660, II).

5. Na hipótese, o prêmio da lotomania, recebido pelo ex-companheiro, sexagenário, deve ser objeto de partilha, haja vista que: i) se trata de bem comum que ingressa no patrimônio do casal, independentemente da aferição do esforço de cada um; ii) foi o próprio legislador quem estabeleceu a referida comunicabilidade;

iii) como se trata de regime obrigatório imposto pela norma, permitir a comunhão dos aquestos acaba sendo a melhor forma de se realizar maior justiça social e tratamento igualitário, tendo em vista que o referido regime não adveio da vontade livre e expressa das partes; iv) a partilha dos referidos ganhos com a loteria não ofenderia o desiderato da lei, já que o prêmio foi ganho durante a relação, não havendo falar em matrimônio realizado por interesse ou em união meramente especulativa.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1689152/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017) *grifa-se*

Conforme verificou-se na análise doutrinária, alguns autores entendem ser mais interessante à pessoa maior de setenta anos que deseje unir-se à outra, que o faça por meio da união estável, que em regra, será pelo regime de comunhão parcial, todavia, conforme se extrai do julgado acima, esse não é o entendimento adotado do Superior Tribunal de Justiça.

Outra hipótese para que o cônjuge maior de setenta anos possa dispor de seus bens, deixando seu par protegido no caso de seu falecimento, seria a doação de bens ou disposição por testamento desde que protegida a legítima.

Sobre a doação de bens na constância do casamento sob o regime de separação obrigatória de bens, também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade.

- São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 471.958/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 18/02/2009)

Assim, conforme se observa não há nada que impeça um cônjuge de doar ao outros seus bens conforme desejar, pois não há impedimento legal, os fundamentos da imposição do regime de separação de bens são retrógrados e não haveria impedimento de doação para pessoa que não fosse casada com o doador.

Em vista disso, a exemplo do que ocorre nos âmbitos doutrinário e legislativo, também o judiciário tem se mostrado bastante crítico quanto a manutenção do artigo 1.641, inciso II, Código Civil, que dispõe sobre a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos nubentes maiores de setenta anos, eis que tal norma remanesce de uma época em que o Direito Civil era

extremamente patrimonialista, sobrepondo a proteção e os interesses patrimoniais aos interesses e valoração da dignidade humana consagrada na Constituição Federal de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso prestou-se à analisar a constitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a obrigatoriedade do regime de separação legal de bens imposto aos nubentes com idade superior aos 70 (setenta) anos, em desacordo com o princípio da livre estipulação do regime de bens.

Além do princípio da livre estipulação do regime de bens previsto no próprio Código Civil no artigo 1.639, que garante aos nubentes o direito de estipular quanto aos seus bens na maneira que melhor lhes aprouver, buscou-se demonstrar que a obrigatoriedade do regime de separação de legal de bens fere os princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

Para tanto, no primeiro capítulo foram abordadas as mudanças no Direito Civil ocasionadas pelas alterações na estrutura familiar brasileira, bem como pela promulgação da Constituição Federal de 1988 que positivou e instituiu princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil de 1916 era considerado um regramento essencialmente patrimonialista pois o direito patrimonial se sobrepujava sobre os direitos inerentes à pessoa, sendo que a proteção ao patrimônio era o principal objetivo.

Com alterações nas estruturas do cenário brasileiro, em 1988 foi promulgada a Constituição Federal que consagrava como principais fundamentos a dignidade humana, a liberdade e a igualdade.

Sob essa nova perspectiva vários foram os avanços no Direito de Família, como a igualdade entre homens e mulheres e igualdade entre os filhos por exemplo, todavia tal evolução não foi verificada quanto ao regime de separação obrigatória de bens imposto aos nubentes com mais setenta anos.

No primeiro capítulo buscou-se analisar a valoração dos indivíduos no Direito Civil, especialmente no Direito de Família à luz dos princípios constitucionais.

Referida análise se fez pertinente no intuito de justificar a inconstitucionalidade do regime obrigatório, haja vista o descumprimento ao princípio da dignidade humana ao passo que considera o idoso incapaz de decidir sobre o melhor regime a ser adotado exclusivamente

em razão da idade, todavia, conforme estudado, as causas de incapacidade civil são exceções e deveriam ser comprovadas através de processo de interdição o que, não ocorre na imposição do regime de separação obrigatória.

Também o regime de separação obrigatória de bens fere o princípio da liberdade de estipulação de regimes, princípio este que se origina no princípio de liberdade previsto na Constituição Federal de 1988 que impede que pessoa absolutamente capaz faça escolha do regime que melhor lhe convém apenas por contar com determinada idade.

De mais a mais, o dispositivo que prevê o regime de separação obrigatória de bens macula o princípio constitucional da igualdade, pois é preconceituoso e discriminatório em relação aos nubentes maiores de setenta anos ao considerar que em razão da idade estariam impossibilitados de decidirem o melhor para si.

No segundo capítulo foram analisados os aspectos relevantes quanto ao casamento e os regimes de bens previstos no Código Civil para que fosse possível verificar quais opções estavam sendo negadas injustificadamente aos maiores de setenta anos, com as peculiaridades vantagens e desvantagens de cada regime que são disponíveis a todos, independentemente de qualquer preconceito ou discriminação.

No capítulo terceiro constatou-se que a doutrina majoritária entende pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, por ferir princípios constitucionais.

Parte da doutrina, entende que tal norma se justifica pelo intuito de proteger o nubente maior de setenta anos de pretendentes interessados exclusivamente em seus bens materiais, entretanto tal parcela da doutrina é ínfima de modo que não se sustenta.

A imposição do regime obrigatório de bens se destina exclusivamente à proteção excessiva de futuros herdeiros, entretanto, como aduz Tartuce (2014) “se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho. Ser herdeiro não é profissão”.

Da análise legislativa, verificou-se a evolução do regime obrigatório de bens do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002, com a alteração do limite de idade pela Lei 12.344 de 2010 para setenta anos, bem como quanto aos projetos de lei que tramitam atualmente no Poder Legislativo.

Por derradeiro, fez-se necessário analisar o regime de separação obrigatória de bens sob o ponto de vista jurisprudencial, passando pela discussão acerca do enunciado da Súmula

377 do Supremo Tribunal Federal que prevê a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento submetido ao regime de separação obrigatória de bens.

Foram analisados também julgamentos a respeito da constitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens, assim como quanto a possibilidade de doação de bens entre os cônjuges submetidos ao referido regime.

Desse modo, por meio dos entendimentos majoritários nos âmbitos legislativo, doutrinário e jurisprudencial, verificou-se que o regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de setenta anos afronta a Constituição Federal ao discriminar e tolher a liberdade da pessoa idosa, e, conseqüentemente, ferindo-lhe na dignidade.

Conclui-se então, pela inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, possibilitando aos nubentes maiores de setenta anos escolher livremente o regime de bens que melhor lhes aprouver conforme previsto no Código Civil e na Constituição Federal.

## REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito constitucional descomplicado. 8. ed. São Paulo: Método, 2012

AMARAL. Francisco. Direito Civil: Introdução. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre , v.4, n.14 , p. 5-10, jul./set. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado Nº 125 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=%201296>>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 06 jun. 2018..

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Estatuto do Idoso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 108 de 2007. Altera o inciso II do Art. 1.641 da Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=434685&filename=PL+108/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=434685&filename=PL+108/2007)>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 189 de 2005. Revogar o inciso II, do art. 1.641, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886>>.

Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 209 de 2006. Revoga o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir às pessoas maiores de sessenta anos a livre decisão sobre o regime de bens no casamento. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78350>>. Acesso em: Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 407 de 2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 2.285 de 2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=517043&filename=PL+2285/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=517043&filename=PL+2285/2007)>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei 4.945 de 2005. Altera e revoga dispositivos do Código Civil, que dispõem sobre a culpa e seus efeitos na separação dos cônjuges e dá outras providências correlatas. Disponível em:

<[http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=288150&filename=PL+4945/2005](http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=288150&filename=PL+4945/2005)>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 736627 PR 2005/0041830-1. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 11 abril 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148898/recurso-especial-resp-736627-pr-2005-0041830-1>>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Arguição de inconstitucionalidade. 0702096497335002. Relator José Antonino Baía Borges. Oóção Especial. 21 mar. 2014. Disponível



em:<<http://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg-inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg>>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível. 575350. 2011.057535-0. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator Luiz Fernando Boller. Criciúma 01 dez. 2011. Disponível em: <<http://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civil-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc>>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. 2.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Antonio César Peluso. 18 agost. 1998. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=BCE983D62296070905510C9366B4984B.cjsg2?cdAcordao=1224658&cdForo=&v1Captcha=nDJbR>>. Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Incidente de inconstitucionalidade. 2010107802. Tribunal Pleno. Relator Des. Osório De Araujo Ramos Filho, Sergipe 17 nov. 2010. Disponível em: <<http://tjse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18120797/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010107802-se-tjse>>. Acesso em: Acesso em 06 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Sétima Câmara Cível. Des. Relatora Marua Berenice Dias. 27 agost. 2003. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7lh1qc1E4SYJ:www.mariaberenice.com.br/uploads/70004348769.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 06 jun. 2018.

BULOS. Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANUTO. Érica Vericia de Oliveira. Contradição no Regime da separação absoluta de bens. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, n. 26, out/nov de 2004. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM p. 62-74.

COELHO. Fábio Ulhoa - Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5 - 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. Trad. De Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. 2a ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Restrições ao direito de amar. Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTI3Nzg=>>> Acesso em 23 mar. 2018.

DELGADO, Mário Luiz. Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro, São Paulo : Saraiva, 201

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. Disponível em [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_758\)1\\_\\_art.\\_1641\\_\\_inconstitucionais\\_limitacoes\\_ao\\_direito\\_de\\_amar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_758)1__art._1641__inconstitucionais_limitacoes_ao_direito_de_amar.pdf) Acesso em 09 mai.2018 às 13:37

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008. 5v.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 6v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Waldemar. O casamento religioso de efeitos civis. Tipografia Siqueira, São Paulo: Sales Oliveira e Cia Ltda, 1935

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional – 38. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: saraiva, 2014. 6v.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Família. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 6v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1v.

GOZZO, Débora. Pacto Antenupcial. São Paulo: Saraiva, 1992

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva 2008.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de família. (7ª Ed). São Paulo: Forense, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. Ed. RT, São Paulo, 1993

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007. 2v.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NADER, PAULO. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009

OTTONI, Máximo Alessandro Mendes. A trajetória das políticas públicas de amparo ao idoso no Brasil. Montes Claros: Universidade Estadual De Montes Claros, 2012. Disponível em: <http://www.ppgds.unimontes.br/index.php/component/edocman/?view=document&id=97&tmpl=component&Itemid=0> >. Acesso em: 7 dez. 2015.

PALAZZO RODRIGUES, Lia. Algumas considerações sobre o Direito de Família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens. In: Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coordenadores: Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 180-210)

Passos, Edilenice. Memória Legislativa do Código Civil / Edilenice Passos, João Alberto de Oliveira Lima. — Brasília : Senado Federal, 2012

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 21. ed. Atualizado por Tânia da Silva pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 5v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 22. ed. Atualizado por Tânia da Silva pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 5v.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família: Lei 10.406, de 10.01.2002 – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família – Volume 6. São Paulo: Saraiva. 2002.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio. (2018). Manual de Direito Civil. São Paulo: Método.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VELOSO, Zeno. Regime matrimoniais de bens. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Disponível em: < [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Zeno\\_Veloso/Regime%20matrimon.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf) >. Acesso em: 06 mar. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: Direito de família. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, V. 5, Família. São Paulo: Atlas, 2017.

WALD, Arnaldo. O Novo Direito de Família. 15. ed. Saraiva: Rio de Janeiro, 2004